



HAL
open science

La durée des délégations de service public : l'exemple de la France et du Liban

Lama Azrafil

► **To cite this version:**

Lama Azrafil. La durée des délégations de service public : l'exemple de la France et du Liban. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD021 . tel-01541251

HAL Id: tel-01541251

<https://theses.hal.science/tel-01541251>

Submitted on 19 Jun 2017

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.



THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'Université Montpellier 1

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique (ED 461)
Et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038)

Spécialité : **Droit Public**

Présentée par **Lama AZRAFIL**

**La durée des délégations de service public
L'exemple de la France et du Liban**

Soutenue le 14 janvier 2015 devant le jury composé de

Mme Pascale IDOUX Professeur à l'Université de Montpellier	Directeur de thèse
Mme Hélène HOEPFFNER Professeur à l'Université de Toulouse	Rapporteur
M. François LICHERE Professeur à l'Université d'Aix Marseille	Rapporteur
M. Jean Baptiste VILA Maître de conférences à l'Université de Bordeaux	Examineur



Résumé en français :

L'étude de la durée des délégations de service public a été pour longtemps marginalisée bien que cette notion constitue un élément essentiel du contrat. Néanmoins, depuis le début des années 1990 et notamment avec l'adoption de la loi Sapin, la conception de la fixation de la durée et de l'encadrement de sa prolongation a connu une importance grandissante. Elle a été conçue comme le moyen le plus apte à garantir la lutte contre la corruption et les rentes de situations. Cependant les modalités de la détermination de la durée ont été rattachées à des notions variables tel l'amortissement, ce qui a rendu la fixation préalable de la durée d'une impossibilité évidente. De ce fait, cette fixation telle qu'exercée aujourd'hui en matière des délégations de service public, souffre d'une grave incohérence tant dans sa conceptualisation que dans son application. Par conséquent, cette théorie n'a pas réussi à préserver le service public et à trouver une sorte de compromis entre le délégant et le délégataire qui tient compte primordialement de l'intérêt du service et de l'utilisateur.

Il semble que seule la théorie de la durée variable, liée aux résultats de l'exploitation saurait remédier aux difficultés que soulève une constante variation des circonstances. Dans cette perspective, désencombrer la durée nous pousse à amplifier le contrôle et à élargir l'imperium du magistrat pour assurer la sauvegarde du service public.

Titre et résumé en anglais :

The duration of delegation of public services

The study of the duration of delegation of public services has long been marginalized despite it being an essential element of the contract. However, since the early nineties, and with the adoption of the Sapin law, the concept of the determination of the duration and of the frames setting out its extension has received increased attention. It has been seen as the most appropriate means to guarantee the fight against corruption. Nonetheless, the modalities of determination of the duration have been linked to multiple notions such as amortization, which has rendered an early determination of the duration

impossible. As a consequence, the determination of the duration, as practised today, suffers from serious incoherences in both concept and application. Therefore, this theory has failed to protect public services and permit compromise between the delegate and the person being delegated to, primarily taking into account the best interests of the service and the user.

It appears that only a theory of a variable duration, linked to the results of the operation would remedy the difficulties raised by the ever-changing circumstances. In this perspective, simplifying the duration would lead to increased control and power of the judge in order to safeguard public services.

Discipline : DROIT PUBLIC

Mots-clés en français:

Durée, amortissement, délégation de service public, concession, prolongation, avenant, installation, juge administratif, contrôle, Sapin, Barnier, durée maximale, durée variable, service public, collectivité locale.

Mots-clés en anglais :

Duration, amortization, delegation of public service, concession, extension, amendment, installation, administrative judge, control, Sapin, Barnier, maximum duration, variable duration, public service, local community.

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Centre de Recherches et d'Etudes Administratives de Montpellier (EA 2038) ; Faculté de droit de Montpellier – Université Montpellier 1, 39, Rue de l'Université – 34 060 Montpellier Cedex

Table des matières

Remerciement	19
Liste des abréviations	20
Sommaire	24
Introduction générale	25
Partie I - L'objectif manqué de l'encadrement contractuel de la durée des DSP	55
Titre I - La recherche d'une meilleure garantie des intérêts publics en jeu	57
Chapitre I - La genèse de la notion d'encadrement de la durée	58
Section I : La fin d'une époque de non détermination	58
Paragraphe 1 : L'instauration législative du principe en France	59
A- Une clameur revendiquant le principe	59
1- Une situation antérieure récusable	59
2- Le rapport Bouchery : le premier pas du chemin de mille lieues	62
B- Une prise en considération louable du législateur	65
1- Un débat parlementaire posé	66
2- La mise en scène du principe	71
Paragraphe 2 : L'adoption constitutionnelle du principe au Liban	73
A- L'absence non planifiée du principe avant la Constitution	73
B- L'innovation inerte et perplexe du principe accompagnant l'élaboration de la Constitution	78
1- La constance du corps de l'article 89 depuis sa rédaction	78
a- Des réalités sur l'élaboration de la Constitution	79
b- La stabilité de l'article 89	80
2- L'inconstance du contenu de l'article depuis sa rédaction	82
Section II : L'influence extrinsèque de la détermination	87
Paragraphe 1 : Les principes retenus par la détermination	87
A- Des principes communs avec le droit des marchés publics	88
1- La transparence et la lutte contre la corruption	88
2- L'égalité et la concurrence	93

B-	Des principes propres aux délégations de service public	96
1-	La protection de la collectivité publique	97
2-	La conservation de la propriété publique	101
Paragraphe 2 :	Les principes sacrifiés par la détermination.....	102
A-	Les contestations législatives et doctrinales	103
1-	Le sacrifice des principes à valeur constitutionnelle.....	103
a-	La libre administration.....	103
b-	La liberté d'entreprendre	106
2-	Le sacrifice des principes propres aux délégations de service public	107
a-	L'intuitu personae.....	108
b-	La libre négociation	111
B-	L'intervention tranchante et conciliante du Conseil Constitutionnel	112
1-	La décision du Conseil Constitutionnel	112
2-	L'écho de la décision.....	115
Conclusion du Chapitre I.....		119
Chapitre II - Les dispositifs d'encadrement de la durée.....		121
Section I : Le cadre spatio-temporel de la détermination de la durée.....		122
Paragraphe 1 : La nature de la clause de durée		122
A-	Le support contractuel de la clause de durée	123
1-	La place de la durée dans les cahiers des charges	123
2-	Le choix consensuel ou unilatéral de la durée.....	130
B-	Le support législatif de la clause de durée.....	133
1-	Les controverses sur la loi type ou spécifique.....	133
2-	La théorie de l'octroi des délégations par décret.....	137
Paragraphe 2 : La phase de détermination de la durée		139
A-	Le moment de la détermination de la durée	140
1-	L'absence d'unanimité doctrinale libanaise	140
2-	La restauration jurisprudentielle française	144
B-	Le point de départ de la durée	151
1-	Les cas les plus évidents.....	151
2-	Les cas un peu plus complexes	153

Section II : Le raffinement de l'encadrement	155
Paragraphe 1 : La suppression des pratiques inappropriées	156
A- La stricte prohibition de la reconduction	156
1- Un renoncement parlementaire	157
2- Une initiative jurisprudentielle.....	160
B- L'autorisation justifiée des droits d'entrée	163
1- La limitation textuelle de cette notion.....	163
2- Les éclaircissements jurisprudentiels	165
Paragraphe 2 : Le maintien d'une prolongation conditionnée	169
A- Une prolongation dans l'intérêt du service.....	170
1- Une prolongation limitée à un an en France	170
2- Une prolongation non restrictive au Liban.....	174
B- Une prolongation sur demande de l'Administration	176
1- Le progrès continu de l'alinéa b).....	176
2- Les conditions strictes de son application	180
Conclusion du Chapitre II.....	187
Conclusion du Titre I.....	189
Titre II- L'échec de l'encadrement de la durée	190
Chapitre I – La complexité de la détermination sous paramètres variables	191
Section I : L'exclusivité trompeuse du rapport durée/amortissement	192
Paragraphe 1 : La présentation des différentes possibilités de signification du terme amortissement	192
A- Une distinction tripartite de la notion d'amortissement	193
1- L'amortissement comptable.....	194
2- L'amortissement économique	195
3- L'amortissement financier.....	197
B- Une distinction fonctionnelle dualiste de l'amortissement.....	198
1- L'amortissement industriel et commercial	198
2- L'amortissement de caducité.....	200
Paragraphe 2 : Une adoption hésitante de la notion « <i>durée normale</i> <i>d'amortissement</i> »	202

A-	L'origine du rapport durée/amortissement	203
1-	L'antériorité du rapport durée/amortissement à la loi Sapin	203
2-	La consécration législative du rapport durée/amortissement	205
a-	L'absence de la notion d'amortissement dans certains types de DSP 206	
b-	L'influence de l'amortissement dans les contrats de concession ..	208
B-	La durée normale d'amortissement, une notion à préciser	210
1-	L'imprécision du législateur et du Conseil Constitutionnel sur la durée normale d'amortissement.....	210
2-	L'apport de la doctrine à la précision de la notion de durée normale d'amortissement.....	213
a-	Une doctrine soutenant le rapport.....	213
b-	Une doctrine douteuse de la stabilité du rapport	216
Section II : La variabilité des enjeux de la fixation de la durée.....		220
Paragraphe 1 : La dépendance de la durée envers autres facteurs financiers... ..		220
A-	L'étroit rapport entre la durée et le tarif du service	221
1-	La durée et la détermination de la clause tarifaire	222
2-	La durée et la variabilité de la clause tarifaire	226
B-	Le barème d'influence d'autres facteurs.....	229
1-	L'influence des redevances et des droits d'entrée sur le choix de la durée.....	229
2-	Le sort des biens et la durée de la délégation.....	230
3-	La durée et le risque d'exploitation.....	232
4-	La durée contractuelle et les subventions d'équilibre	236
Paragraphe 2 : Un anéantissement jurisprudentiel du rapport durée/amortissement.....		239
A-	L'établissement des limites du rapport durée/amortissement.....	239
1-	L'écartement de l'amortissement comptable	240
2-	Une distinction entre durée contractuelle et durée normale d'amortissement.....	244
B-	L'arrêt du 4 juillet 2012 : Un nouveau clou dans le cercueil du rapport durée/amortissement.....	248
Conclusion du Chapitre I.....		254

Chapitre II – La précarité irrévocable de la détermination.....	256
Section I : La fragilité de la restriction française	256
Paragraphe 1 : Les vagues interprétations sur la possibilité de prolongation ..	257
A- La réussite relative de la restriction de certaines ambiguïtés	257
1- L’encadrement postérieur du législateur du terme « <i>Travaux</i> ».....	258
2- La prohibition jurisprudentielle de « <i>l’adossement</i> ».....	260
B- La persistance pratique de l’ambiguïté de certaines notions	266
1- L’ambiguïté de l’intérêt général	266
2- L’ambiguïté des expressions « <i>la bonne exécution du service public</i> » et « <i>l’extension du champ géographique de la délégation</i> ».....	271
Paragraphe 2 : La défaillance du juge administratif dans la contribution à la fixation	276
A- Un avancement solide du contrôle du juge administratif	277
1- Un office initialement limité au contrôle restreint à l’erreur manifeste d’appréciation	277
2- Un élargissement impressionnant et attendu du contrôle.....	281
B- Un retour en arrière décevant	284
Section II : La faillite de la restriction libanaise	289
Paragraphe 1 : Une incompatibilité entre la fixation de la durée et la mutabilité imposée au contrat.....	289
A- Les raisons intrinsèques de l’échec de la détermination.....	290
1- L’absence de critères précis pour la détermination	290
2- L’absence de restriction pour les prolongations.....	293
B- Les raisons extrinsèques de la mutabilité	297
1- Les lois de suspension pendant la guerre	298
2- La prolongation des conventions en cas d’imprévision	302
Paragraphe 2 : Une lutte désespérée contre le détournement.....	304
A- La déloyauté de l’Administration	304
1- Les traits généraux de la déloyauté	304
2- Les exemples de la déloyauté.....	307
B- L’indifférence du juge libanais.....	312
1- L’absence de l’initiative chez le juge administratif	312

2- L'incapacité du juge constitutionnel et du juge financier	315
Conclusion du Chapitre II.....	319
Conclusion du titre II.....	320
Conclusion de la partie I	322
Partie II : La prépondérance de l'élasticité de la durée des DSP	324
Titre I - La déroute de l'encadrement législatif de la durée maximale	326
Chapitre I - La stratégie de la fixation législative du plafond	327
Section I: La fixation législative du plafond dans le domaine de l'eau	328
Paragraphe 1 : Le besoin de la limitation de la durée maximale apparue dans la pratique.....	328
A- L'intervention inévitable de la durée plafond.....	329
1- Les raisons évoquées en faveur de la limitation.....	329
2- Une observation simplifiée de l'adoption parlementaire de la limitation 331	
B- Les compléments de la durée plafond	334
1- Un contrôle inauguré au directeur départemental des finances publiques	335
2- L'interdiction des droits d'entrée	339
Paragraphe 2 : L'adaptation jurisprudentielle de la fixation aux situations présentes	342
A- Un terme législatif aux conventions antérieures.....	343
1- Un avis inachevé en 1996.....	343
2- Une décision satisfaisante en 2009.....	346
B- La mise en œuvre de la jurisprudence <i>Commune d'Olivet</i>	350
1- L'adaptabilité de la décision <i>Commune d'Olivet</i> avec la jurisprudence ultérieure	350
2- L'application de la jurisprudence <i>Commune d'Olivet</i> la veille de l'an 2015.....	353
a- Un risque indemnitaire encouru	354
b- Une liste vague des « <i>justifications particulières</i> »	355
Section II: La redondance du principe de fixation dans d'autres domaines	358
Paragraphe 1 : La préexistence de délégations de service public à durées plafonnées.....	359

A-	La fixation règlementaire du plafond dans le domaine des casinos ..	360
1-	Les casinos, un service public particulier.....	360
2-	Les casinos, un nouveau service à délégation plafonnée	362
B-	La fixation législative surprenante du plafond dans le domaine des remontées mécaniques	365
1-	Les étapes d'adoption de la durée plafond des remontées mécaniques	366
2-	Les remarques adjointes à la fixation	370
Paragraphe 2 :	Une tentative libanaise d'une fixation législative du plafond ..	372
A-	Des démarches timides vers la fixation du plafond	373
1-	Une fixation fragile instaurée par la pratique des délégations	373
2-	Une fixation historique du plafond dans certains pays de la région..	377
B-	Une fixation législative en cours de progression	378
1-	Une fixation législative dans des domaines limités	379
2-	Un projet de fixation dans l'ensemble de la gestion privée du service public.....	380
Conclusion du Chapitre I.....		385
Chapitre II – La caducité de la fixation du plafond avec le temps		387
Section I : Les réelles raisons animant la fixation		388
Paragraphe 1 : Des raisons politiques en matière d'eau		388
A-	Une adoption discutable de la fixation du plafond	389
1-	Un vote par courtoisie à l'Assemblée nationale.....	389
2-	Une accusation d'inconstitutionnalité par le Senat	392
B-	Des arguments sans lien avec le service	395
1-	La limitation dans le domaine de l'eau : seule issue du gouvernement	395
2-	La limitation à 20 ans, choix non justifié	398
Paragraphe 2 : Des raisons de commodité dans le domaine des casinos ?.....		401
A-	Une fixation liée expressément aux règles de polices	402
B-	Une fixation liée implicitement aux contrats de bail	405
Section II: Les imperfections de la fixation anticipée		409
Paragraphe 1 : La précarité législative de la durée maximale		410

A-	La constatation pratique de l'échec législatif	411
1-	L'instabilité pratique du plafond législatif avec le temps	411
2-	La mise en route des plans de réforme	413
a-	Des propositions évolutionnaires sur plusieurs niveaux.....	414
b-	La controverse relative à un retour sur la modification du plafond législatif.....	418
B-	L'échec législatif de la modernisation	421
1-	Le retour contestable à la fixation du plafond comme seule solution à la corruption	421
2-	L'abandon du projet de réforme	426
	Paragraphe 2 : La remise en cause de l'interprétation donnée à la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993	430
A-	Une constitutionnalité suspecte à défaut de saisine du Conseil Constitutionnel.....	431
B-	Une constitutionnalité suspecte à l'égard de la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993	433
	Conclusion du Chapitre II.....	441
	Conclusion du titre I.....	443
	Titre II - La proposition d'un encadrement assoupli de la durée des DSP	445
	Chapitre I - L'ouverture du plafond, une solution incomplète	447
	Section I: Les remontées mécaniques : entre l'oppression de la fixation et l'indétermination de l'ouverture du plafond	448
	Paragraphe 1 : l'encadrement législatif, contrainte pénalisante dans le domaine des remontées mécaniques	448
A-	La complexité de l'application conjointe des lois Montagne et Sapin 449	
1-	Les complications de l'application de la durée plafond.....	449
2-	Les appels à la modification de l'article 42 de la loi Montagne	451
B-	La suppression du plafond proposée par la loi de 2005	456
	Paragraphe 2 : L'ouverture du plafond, un essai inachevé	462
A-	Les conditions intrigantes des avenants.....	463
1-	Les avenants aux DSP : une vision enfermée dans le régime des marchés publics.....	463

2-	La réponse apaisante du Conseil d'Etat	467
B-	La portée limitée de la loi 2005	470
1-	Des questions restées en suspens	471
2-	La remise en cause de la validité de la loi de 2005	474
Section II : Les autoroutes : preuve de l'inefficacité d'une détermination préalable de la durée		478
Paragraphe 1 : Une évolution textuelle, nationale et communautaire hésitante		479
A-	Une présentation générale des concessions autoroutières en France	480
1-	Le passage d'un service gratuit vers un service payant	480
2-	Les réformes évolutives des années 2000	482
B-	Les divergents textes régissant le secteur des autoroutes	486
1-	La transposition des textes communautaires au droit interne	486
2-	Les autoroutes au Liban : des textes prêts en attente d'application ..	489
Paragraphe 2 : Une évolution textuelle inadéquate		491
A-	La remise en cause de la mutabilité des conventions autoroutières ..	491
1-	Le complexe des règles régissant les concessions autoroutières.....	491
2-	La position conciliante du Conseil d'Etat	494
B-	Le contour flou de la détermination des tarifs	498
1-	L'évolution des techniques d'encadrement du tarif	498
2-	La persistance du problème sans signes sérieux de solution.....	499
Conclusion du Chapitre I.....		503
Chapitre II - Vers une fixation moins rigide mais plus contrôlée		505
Section I: Une conviction confortée vers la nécessité d'adapter la clause de durée		506
Paragraphe 1 : Le bilan des controverses alimentées par les législations traitant la durée		507
A-	Des arguments discutables autour de la durée maximale	507
B-	La discordance entre la durée et les facteurs desquels elle relève	512
1-	Les risques des fausses estimations de la durée	512
2-	Les effets de la variabilité des tarifs	513
Paragraphe 2 : Une réflexion sur l'adoption d'une durée variable		516
A-	La variabilité de la durée eu égard à la variabilité de son référentiel :	

l'amortissement	517
B- La constatation pratique de l'exigence d'une durée variable	522
1- Des revendications sans suite d'une durée variable	522
2- Une application timide de la durée révisable brisant le traditionnel refus.....	523
Section II : Le repositionnement de la clause de durée dans les conventions de DSP	524
Paragraphe 1 : L'institutionnalisation d'une durée révisable au cours de l'exécution du contrat.....	525
A- La présentation de la théorie de durée endogène.....	526
1- La parution de la théorie.....	526
2- Les avantages et les inquiétudes encourus	528
a- Les avantages avancés	529
b- Les critiques non-fondées	530
B- L'application de la théorie.....	531
1- Les conséquences de l'application de la théorie	532
2- L'application de la théorie face au droit de l'Union européenne	535
a- L'évolution de la notion de durée endogène face au droit de l'Union européenne	535
b- L'influence de l'évolution européenne sur l'application de la loi Sapin.....	536
Paragraphe 2 : La mise en place d'un système de contrôle adéquat	540
A- La consolidation des moyens et des modalités du contrôle.....	541
1- Les observations opérantes des juridictions financières	541
2- L'évolution des nouvelles techniques de contrôle	545
B- La systématisation d'un nouveau régime régissant les DSP au Liban	549
Conclusion du Chapitre II.....	556
Conclusion du titre II.....	557
Conclusion de la partie II.....	558
Conclusion générale.....	560
Bibliographie.....	566

Index 621

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

إلى بيروت،
أم الشرائع

«Berytus Nutrix Legum»

Remerciement

Sans mesure, mes plus sincères remerciements s'adressent, en premier lieu, à Madame le Professeur Pascale IDOUX pour son encadrement bienveillant, ses conseils avisés et la confiance témoignée tout au long de ce travail qui ont contribué à faire de cette période de doctorat une riche expérience. Sans ses aides inappréciables et son inlassable encouragement, cette recherche n'aurait pas été menée à terme. Qu'elle trouve ici le témoignage de ma profonde gratitude et l'ultime de mon respect.

Mes remerciements s'adressent ensuite à l'ensemble des membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire et de juger mon travail.

Je tiens également à remercier tous les membres de l'école doctorale, pour leur attention et leur gentillesse ainsi que leur suivi minutieux tout au long de ces années de thèse.

Une pensée particulière va à Madame le Professeur Leila SAADE pour ses écoutes réconfortantes et son soutien constant. Je la remercie notamment pour avoir toujours trouvé les mots justes, dans les moments les plus difficiles. Qu'elle trouve ici l'expression de ma sincère reconnaissance.

Je remercie infiniment Monsieur le Président Joseph CHAOUL pour l'attention qu'il a accordée à mon travail, ses précieux avis qui ont enrichi ma thèse, et pour le temps qu'il m'a consacré nonobstant ses nombreux engagements.

Mes remerciements s'adressent aussi à mes amis et à ma sœur Rim, qui ont su comment rompre la solitude inhérente à tout travail de thèse. Qu'ils sachent combien l'amitié qui nous lie est inestimable et à quel point leur assistance et leur présence ont été importants.

Enfin, mes pensées les plus chères vont à mes parents Adel et Mounira pour leur soutien inconditionnel, leur compréhension et leur patience indéfectible. Sans eux, cette thèse n'aurait pas pu voir le jour. Je ne les remercierai jamais assez.

Liste des abréviations

ACCP: Actualité de la Commande et des Contrats Publics

Aff.: affaire

AJCT: Actualité juridique des Collectivités territoriales

AJDA: Actualité juridique – Droit administratif

Art. : Article

Art. prec. : Article précité

Ass. : Assemblée

Bib.: Bibliothèque

BJCP: Bulletin juridique des contrats publics

BOT: Build operate transfer

c.: contre

CAA: Cour administrative d'appel

CC: Conseil constitutionnel

C. Cass: Cour de Cassation

CE: Conseil d'Etat

CGCT: Code général des collectivités territoriales

chron.: Chronique

CJCE: Cour de justice de la communauté européenne

CJEG: Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CJUE: Cour de justice de l'Union européenne

coll.: collection

comm.: commentaire

concl.: Conclusions

consid.: considérant

CRC: chambre régionale des Comptes

D.: Recueil Dalloz

DA: Droit administratif

DC: décision concernant la déclaration de conformité à la Constitution

dir.: sous la direction de

DSP: Délégation de service public

éd.: édition

EDCE: Etudes et documents du Conseil d'Etat

fasc.: fascicule

GAJA: Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Ibid. Ibidem

Jcl.: Jurisclasseur.

JCP A: La Semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales

JORF: Journal Officiel de la République Française

JO: Journal Officiel

LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Lib.: Libanais

LPA: Les Petites Affiches

MTP: Moniteur des travaux publics

n^o: numéro

obs.: observations

op. cit.: opere citato

Ord.: Ordonnance

p.: page

prec.: précité

pres.: président

pt.: point

PUAM: Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF: Presses Universitaires de France

RDP: Revue du droit public et de la science juridique en France et à l'étranger

Rec. (selon le contexte): Recueil Lebon des arrêts du CE, des décisions du TC, des arrêts de CAA, des jugements de TA ; Recueil des décisions du CC ; Recueil des arrêts de la CJCE

Req.: Requête

RFDA: Revue française de droit administratif

RJA: Revue de la juridiction administrative

RJF: Revue de Jurisprudence fiscale

RJEP: Revue juridique de l'économie publique

RJ: Revue de la justice

ROD: rapport d'observations définitives

RTD Com.: Revue trimestrielle de droit commercial

S.: Recueil Sirey

Sect.: Section

Sté: Société

Suppl.: supplémentaire

Spec.: Spécifiquement

TA: Tribunal administratif

TC: Tribunal des conflits

TPICE: Tribunal de première instance des communautés européennes

Sommaire

Partie I - L'objectif manqué de l'encadrement contractuel de la durée des DSP

Titre I - La recherche d'une meilleure garantie des intérêts publics en jeu

Chapitre I - La genèse de la notion d'encadrement de la durée

Chapitre II - Les dispositifs d'encadrement de la durée

Titre II- L'échec de l'encadrement de la durée

Chapitre I - La complexité de la détermination sous paramètres variables

Chapitre II - La précarité irrévocable de la détermination

Partie II - La prépondérance de l'élasticité de la durée des DSP

Titre I - La déroute de l'encadrement législatif de la durée maximale

Chapitre I - La stratégie de la fixation législative du plafond

Chapitre II - La caducité de la fixation du plafond avec le temps

Titre II - La proposition d'un encadrement assoupli de la durée des DSP

Chapitre I - L'ouverture du plafond, une solution incomplète

Chapitre II - Vers une fixation moins rigide mais plus contrôlée

Introduction générale

1. « *Le délégataire a voulu inventer l'éternité, le délégant lui a rappelé le temps* »¹.

2. En droit de la commande publique, la collectivité locale bénéficie de plusieurs outils lui permettant de faire exécuter par un tiers une prestation dont elle a besoin, soit pour ses services, soit pour accomplir les missions de service public qui lui sont confiées. Parmi les contrats auxquels elle peut recourir, si elle décide de gérer indirectement ses services, figure la convention de délégation de service public (DSP).

3. Quoique notre étude ne concerne pas la notion générale de DSP mais la clause de durée de ces contrats, il s'avère cependant, utile de commencer par présenter le cadre général au sein duquel s'effectue la recherche.

4. La délégation de service public consiste à confier à un tiers, généralement personne de droit privé, la gestion d'un service public. Ce procédé constitue un mode de gestion privilégié² des services publics non seulement au niveau national mais aussi au niveau local. En effet, l'Administration s'est tant préoccupée des modalités de gestion de ses services publics en cherchant souvent des modes retentissants lui permettant d'assurer un profit maximal des résultats de gestion sans pour autant lui faire encourir une énorme dépense.

De ce fait, La DSP constitue une formule bien adaptée aux besoins des collectivités locales, puisqu'elle permet, en raison des importants moyens financiers apportés par les sociétés spécialisées du secteur, de résoudre rapidement les problèmes de gestion et d'investissement hors de la portée des collectivités.

¹ NICINSKI, Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441

² Rapport rendu à l'ENA, « La délégation de service public : un modèle à repenser ? », groupe n° 9, promotion 2007-2009, p. 3

5. En réalité, ainsi que l'a souligné la Cour des comptes³, le recours à ce type de contrat s'est amplifié avec le début des années 90 en raison, d'une part, de l'augmentation de la pression fiscale, des charges d'investissement des communes, et des limitations qu'impose la loi du 5 janvier 1988 dans l'endettement et l'octroi de garanties d'emprunt, et d'autre part, à cause de l'obligation d'affichage de l'endettement globale, prévue par la loi du 6 février 1992 et le décret du 27 mars 1993, qui s'étend aux comptes annexes. Ces contraintes incitaient les collectivités à rechercher de nouvelles formes de financement autre que le financement direct.

Pour l'autorité délégante, le contrat de DSP a l'avantage de desserrer, dans un court terme, les contraintes budgétaires immédiates bien que « *les conditions tarifaires qui en sont la contrepartie pèsent à long terme sur les usagers* »⁴.

6. En conséquence, la convention de délégation de service public constitue aujourd'hui l'« *une des deux catégories les plus importantes de contrats administratifs* »⁵ et occupe une place primordiale sur la scène nationale de la gestion des services publics au Liban et en France pour son aptitude à établir des rapports équilibrés entre la personne publique et ses cocontractants. Plus précisément, cette convention s'impose aujourd'hui comme « *un moyen indispensable à la plupart des collectivités* »⁶ pour mettre en œuvre les services publics dont elles sont responsables.

7. Néanmoins, voici une vingtaine d'années, la vie juridique française comme libanaise n'était pas familière avec la nomination de « *délégation de service public* ». Elle n'était pas une catégorie spécifique de contrats et ne constituait même pas un mode de gestion du service public⁷. Cependant, cette hostilité envers la nomination ne signifiait point que ces deux régimes ignoraient cette pratique. Au contraire, c'est une notion qui

³ Cour des comptes, «La gestion des services publics locaux d'eau d'assainissement », Rapport public particulier, janvier 1997, les éditions du JO, p. 84.

⁴ Ibid, p. 85.

⁵ TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation de service public : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », *AJDA* 1996, p. 588

⁶ GRAS Antonin, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif* 2012, étude 13, p. 15

⁷ HOEPFFNER Hélène, «La délégation de service public : une notion condamnée ? », in colloque « Délégation de service public : la « loi Sapin » 20 ans après, bilan et perspectives », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 98, février 2014.

correspond à une technique ancienne, celle de la concession de service public, sans pour autant se confondre avec elle⁸. Ce genre de relations contractuelles était dominant et représentait une constante de l'histoire administrative française, quoique son application ne ressemble presque en rien à ce qui est connu et adopté aujourd'hui.

8. À l'époque, la notion de délégation de service public se résumait aux seuls contrats de concession. Le mot « *concession* » était fréquemment utilisé au sens actuel de délégation de service public, alors que le terme « *concession* » tel qu'il est aujourd'hui entendu était autrefois appelé « *concession pure* »⁹. Ainsi, la concession était le modèle le plus traditionnel des conventions de DSP. Elle a constitué, pour longtemps, le mode de gestion le plus privilégié pour la construction des grands équipements publics tels que les canaux, les voies de chemins de fer, les réseaux d'eau et la distribution électrique.

9. Historiquement, cette notion de concession, forme primaire de la notion de délégation de service public, puisait ses origines dans les contrats conclus au XVI^{ème} siècle dans les cités grecques en vertu desquels les autorités locales octroyaient la délégation des travaux publics à des personnes du droit privé en contrepartie des redevances imposées au public, notamment dans le domaine des ports maritimes¹⁰. Par la suite, ce concept a connu une large expansion en Europe à l'époque de l'évolution industrielle au XIX^{ème} siècle où l'on s'en servait pour la réalisation des travaux publics surtout en ce qui concerne le financement des projets d'une grande importance à travers le recours aux investisseurs privés. De même le recours à ces conventions avait eu pour objet d'assurer la gestion et l'exploitation des services publics industriels et commerciaux. Dans ce sens, on citera pour la France, l'exemple du canal du Midi et la construction de réseaux collectifs au XIX siècle (fer, gaz, électricité, tramways). Ce type de gestion déléguée a également répondu à l'émergence de nouveaux besoins collectifs (enlèvement d'ordures, distribution d'eau potable). Le Liban, pour sa part, a recouru

⁸ BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public : notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, Administration Territoriale, Guide pratique, Litec, 2000, p. 7

⁹ LONG Marceau (dir.), Institut de la gestion déléguée, *Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public*, La Documentation française, 1999, p. 52

¹⁰ RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, Thèse, Université Libanaise, 2000, p. 135

depuis le XIX^{ème} siècle, sous le règne de l'Empire Ottomans, à cette pratique des conventions de concession dans les domaines économiques¹¹. La société d'autoroute Beyrouth Damas (1859), la société de l'eau de Beyrouth (1859), la société du tramway libanais et le port de Beyrouth en est le flagrant exemple (15 aout 1887). La notion de délégation de service public était tellement immergée dans la notion de concession à tel point que même certaines législations étaient survenues au nom des conventions de concessions¹² et non de délégation ou autre nomination.

10. En outre, la notion de délégation de service public, dans son large sens dépassant la question des concessions, constitue l'une des rares notions dont le régime juridique avait été établi avant même que cette notion ait été définie. Dans ce cadre, avant l'an 2001, et précisément avant la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, la notion de convention de délégation de service public n'était définie ni par les autorités normatives qui ont posé son régime juridique dans les années 90, ni par le juge administratif qui n'avait pas encore véritablement statué sur ce concept, ni par la doctrine qui s'était contentait d'exercices de style assez vains.

11. Cependant cette notion, non définie et non connue en tant que telle, est apparue de façon simultanée dans différents textes. Dans la circulaire du 7 aout 1987 *relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux*¹³, on parlait de « *gestion déléguée* ». Cette circulaire posa le principe de la délégation de service public administratif dans les domaines non régaliens. Elle reprend les deux avis du Conseil d'Etat, celui du 7 octobre 1986 sur le champ d'application de la gestion déléguée et du 7 avril 1987 sur l'applicabilité du code des marchés public à la délégation. Ces deux avis portent sur la notion de délégation de service public administratif et de l'utilisation des prescriptions du code des marchés publics¹⁴. En réalité, cette circulaire constitue le texte

¹¹ AL HAJJAR Wissam, « l'application du contrat de BOT au Liban « Other name, same game » », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Université Montpellier I, Volume I, 2006, p. 621, spec. p. 625

¹² *Loi des concessions Ottomans du 15 Joumada ath-thania 1328 (équivalent à 24/06/1910)*

¹³ Circulaire du 7 aout 1987, *relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services*, JO du 20 décembre 1987, p. 14863

¹⁴ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, contribution à l'histoire*

le plus explicite sur la notion de DSP¹⁵.

De même, la notion de « *délégation de la gestion de service public* » a été utilisée pour la première fois dans une loi contemporaine¹⁶ à l'article 40 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988¹⁷ devenu article L 5212-12-6 du Code général des collectivités territoriales. Pour sa part, la loi du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République* dite loi Joxe¹⁸ utilisa trois appellations différentes pour le même concept :

- « *convention de délégation de service public* »
- « *convention de gestion déléguée* »
- « *contrats de service public* ».

12. Ainsi, cette loi emploie pour la première fois l'expression « *contrat de délégation de service public* » en définissant des conditions procédurales à la passation de ces contrats.

13. À notre avis, l'appel à la notion de délégation constituait une méthode de présentation globale de certains modes de gestion de service public. Elle ne faisait pas l'objet d'une réflexion approfondie particulière¹⁹.

14. Toutefois, ce n'est qu'à partir de 1993 que l'on semble s'être arrêté à l'expression « *délégation de service public* ». Ainsi, c'est avec la loi du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*²⁰ dite loi Sapin, ainsi qu'avec ses nombreuses modifications telles la loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et aux délégations de service public*²¹ que la convention de « *délégation de service public* » dont l'existence était jusqu'alors

administrative de la délégation de mission publique, Thèse Paris 12, 1997, LGDJ, Paris, 1999, p. 465

¹⁵ Ibid, p. 517

¹⁶ Ibid, p. 464

¹⁷ Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, *D'amélioration de la décentralisation*, JO du 6 janvier 1988, p. 208

¹⁸ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064

¹⁹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Thèse, Limoges, 16 juillet 1997, p. 164

²⁰ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588

²¹ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2186

« virtuelle »²² acquiert un régime juridique propre bien défini au sein du sphère des contrats publics.

15. Ainsi, jusqu'à l'apparition de la loi du 29 janvier 1993, les contrats de DSP ont traditionnellement bénéficié d'une grande souplesse, et ceci contrairement aux marchés publics, étroitement règlementés et régis par un code spécialisé. Toutefois, concernant la situation des DSP ainsi que des conventions de marchés publics au Liban, elle fut jugée comme « *pitoyable*²³ ». En effet, cette notion n'a pas connu le développement du droit français. Sa réglementation date essentiellement de l'époque mandataire²⁴ où la conclusion de ces contrats reposait uniquement sur le principe de l'intuitu personae et la liberté contractuelle totale des collectivités locales.

16. Cependant, le régime juridique français auquel sont soumises aujourd'hui les conventions de DSP est désormais caractérisé par sa complexité aux niveaux de leurs modes de passation, des autorités compétentes, de la publicité préalable, de la mise en concurrence, et du contentieux, sous la haute surveillance de nombreuses autorités de contrôle et ceci pour barrer la voie à toute potentielle pratique « *inavouable* »²⁵ susceptible d'être couverte par cette catégorie de conventions.

17. En revanche, comme on vient de le dire, la définition des conventions de délégation de service public était ultérieure à l'établissement de son régime juridique. Celle-ci n'est survenue qu'avec la loi MURCEF. Or, en l'absence de définitions textuelles, réglementaires ou législatives, il était d'usage de retenir celle donnée par le commissaire du gouvernement CHARDENET dans ses conclusions sous l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 30 mars 1916 *Gaz de Bordeaux*²⁶, selon laquelle trois critères étaient déterminants pour que soit identifiée une concession :

- l'avance des frais de premier établissement du service par le concessionnaire,

²² DOUENCE Jean-Claude, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993, p. 936

²³ MALLAT Hyam, « Les concessions et ses aspects juridiques », *la juridiction financière*, n° 9, juillet 1999, p. 41 spec. p. 71

²⁴ AL HAJJAR Wissam, *Les nouveaux contrats publics de construction en droit français et en droit libanais*, Thèse, université Montpellier I, 2007

²⁵ TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation de service public : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », art. prec., p. 588

²⁶ CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Lebon*. p. 125

- nécessairement personne privée
- l'exploitation du service aux risques et périls de ce dernier
 - la perception directe de redevances sur les usagers

18. Ainsi, la délégation de service public est un contrat en vertu duquel un particulier ou une société est chargée d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et dont la rémunération s'effectue en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public. La mise en relief du mode de rémunération comme critère de distinction entre DSP et marché public a été repris par un arrêt du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*²⁷.

19. De même, avant la consécration officielle de la délégation de service public, Jean-François AUBY utilisa cette expression pour mettre en valeur « *toute gestion de service public assurée par une personne morale autre que la collectivité organisatrice ou l'établissement public crée par elle a cet effet* »²⁸. L'auteur met uniquement l'accent sur la gestion indirecte du service public sans l'intervention de la collectivité locale.

20. Cependant, « *pour savoir si s'applique un régime, il faut préalablement connaître la matière à laquelle il s'applique* »²⁹. Dans ce sens, en 2001, lors de l'examen du projet de loi qui deviendra la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, dite loi MURCEF³⁰, Mme Nicole BRICQ, rapporteur du projet devant l'Assemblée Nationale, affirma que la délégation de service public n'avait jamais reçu une définition législative et que ses contours ont été progressivement définis par la jurisprudence ce qui maintenait « *une source d'insécurité juridique* »³¹. Dans ce cadre, elle expliqua que cette définition légale était désormais

²⁷ CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, Rec. p. 137

²⁸ AUBY Jean-François, *Les services publics locaux*, PUF. 1982, Collection Que Sais-Je ?, p. 39

²⁹ DELVOLVÉ Pierre, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA* 1996, p. 675, spec. p. 681

³⁰ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JO n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703

³¹ Rapport n° 3028, fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de Loi n° 2990 *Portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier*, par

« nécessaire »³².

Ainsi, moins de dix ans après l'adoption de la loi Sapin, le législateur a finalement été convaincu de la nécessité de définir ce type de contrat. Dès lors, la définition de la délégation de service public est donnée par l'article 3 de la loi MURCEF qui dispose qu' : « *une délégation de service public est un 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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ». Cette définition est reprise à l'article L. 1411-1 du Code général des Collectivités Territoriales (CGCT) pour les délégations de services publics locaux et à l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 concernant les délégations de services publics nationaux.

21. Cette définition n'est sûrement pas la plus précise. En effet, ni l'expression « *résultats de l'exploitation* », ni le terme « *substantiellement* » n'ont de signification certaine³³. D'ailleurs, cette définition manifeste l'influence exercée par l'illustration type de la délégation de service public qu'est la « *concession de service public* »³⁴.

22. Néanmoins, nous ne nous attarderons pas davantage sur la définition de la convention de DSP, sa survenance historique et son évolution, cette question déjà très étudiée n'étant pas l'objet de notre étude. En effet, ce bref récapitulatif a pour seule utilité d'éclairer le contexte juridique au sein duquel s'insère notre étude, relative à la clause de durée dans ce type de conventions.

23. L'idée d'inscription du contrat dans le temps, n'est en réalité « *ni banale, ni classique* »³⁵. En effet, tout contrat s'inscrit dans une certaine durée, que ce soit au moment de sa conclusion ou durant les phases de son exécution³⁶. Particulièrement, en

Mme Nicole BRICQ, *JO AN*, documents parlementaires, avril 2001, p. 20

³² Ibid, p. 24

³³ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^{ème} édition, Paris, 2001, p. 628

³⁴ Idem

³⁵ PETEL Isabelle, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, mars 1984, Tome I, p. 3

³⁶ TALLON Denis (dir.), HARRIS Donald (dir.), *Le contrat aujourd'hui : Comparaisons Franco-anglaises*, LGDJ, Paris, 1987, p. 218

droit administratif, la durée constitue un élément essentiel du contrat³⁷ car elle conditionne la période durant laquelle une activité sera soustraite au jeu de la concurrence³⁸. Elle est déterminée comme étant le délai durant lequel le cocontractant est tenu d'exécuter ses obligations³⁹, et elle fait normalement l'objet d'une stipulation expresse du contrat public⁴⁰. Cependant, l'on est toujours passé de côté de cette clause sans lui accorder l'intérêt qu'elle mérite surtout en matière des conventions de DSP. Et pourtant, depuis les années 90, une série de législation est intervenue dans le but d'organiser ces conventions, de lutter contre la corruption et l'arbitraire. Dans ce cadre, un ensemble de règles procédurales contraignantes se furent imposées. La fixation de la durée fut partie de ces règles.

24. La thèse présente se borne à rechercher si le droit administratif, et précisément le droit des contrats publics, est prêt à accueillir une construction juridique novatrice de la notion de durée des DSP capable de lutter contre la corruption et apte à mieux gérer et protéger les services publics. Pour y parvenir il importe de définir et déterminer l'objet de la recherche (I) et, de justifier son étude à travers la présentation de l'intérêt de la recherche (II). Ceci ne pourrait être suffisant sans l'essai de cerner l'objet de la recherche à travers sa délimitation (III). Ce n'est qu'au terme de ce raisonnement que pourra être exposée la problématique retenue dans cette recherche (IV), la démarche suivie (V) et le plan de la thèse qui en a découlé (VI).

I- La détermination de l'objet de recherche

25. La durée des contrats fait incontestablement partie des éléments qui sont placés au premier rang des priorités des contractants⁴¹. La durée en tant que clause contractuelle n'a pas suscité l'attention des dictionnaires juridiques qui n'ont pas pris le soin de la définir

³⁷ CE, 3 mai 1961, *Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM Département Seine*, Rec. CE 1961, p. 290

³⁸ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Paris 2, 2008, LGDJ, 2009, Bibliothèque de droit public, p. 268

³⁹ NOGUELLOU Rozen, « La fin du contrat », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Université Montpellier I, Volume I, 2006, p. 341

⁴⁰ HOEPFFNER Hélène, « Exécution du contrat administratif, Droits et obligations du cocontractant », *Juris-Classeur Administratif*, Fascicule 609, 29 janvier 2010, pt. 55

⁴¹ MAHOUACHI Mohamed, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2001, PUAM 2002, p. 411

en tant que tel. Ainsi sa définition fait partie intégrale de celle des clauses contractuelles. Par conséquent, la clause de durée est une disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet la détermination de la période pendant laquelle l'acte prend place dans l'ordre juridique. Dès lors, à compter de la fin de cette période, l'acte arrive à son échéance et ne serait plus apte à produire aucun effet juridique.

26. Avant la loi du 29 janvier 1993, *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* aucun texte doctrinal ne relevait la place de la durée dans une convention de délégation de service public ni donnait une définition satisfaisante de celle-ci. Cependant à partir de 1993, la situation a été bouleversée et la question de la durée a fait couler beaucoup d'encre non seulement doctrinale mais notamment jurisprudentielle et législative.

27. Si la notion de durée ne semble pas avoir pénétré fermement la sphère du droit administratif en tant que notion à part entière, elle constitue cependant une clause fondamentale des contrats administratifs.

28. La durée est une clause contractuelle essentielle du contrat, quoiqu'elle n'apparaisse pas comme un élément de qualification déterminant s'agissant des conventions de délégation de service public⁴². Elle joue un rôle complexe de conciliation entre des intérêts absolument contradictoires. D'une part, les préoccupations de la collectivité de s'engager pour une durée raisonnable qui ne fige pas pour toujours le choix des modes d'exploitation du service, et d'autre part, le souci du cocontractant d'assurer le fonctionnement du service pour la plus grande période possible, afin de dégager le plus haut profit possible.

29. Au premier abord, la notion de durée de DSP ne renvoyait à aucun concept discernable, à aucune construction juridique globale susceptible d'être spontanément identifiée. La seule règle appliquée en France jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des*

⁴² TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation de service public : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », art. prec., p. 588, spec. p. 591 ; LLORENS François, « Unité et pluralité des délégations de service public » *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2003, chronique 7, p. 9

*régions*⁴³, était la libre détermination de la durée à condition de ne pas dépasser la durée maximale fixée par les cahiers des charges types qui avaient, avant cette date, une application impérative.

30. En effet, le droit des contrats administratif n'a jamais ignoré ni la présence de cette clause et la nécessité de sa détermination au sein des conventions de DSP, ni le rapport existant entre sa détermination et la détermination des autres éléments contractuels. Cependant, l'observation des contrats en cours, et particulièrement au Liban, atteste l'état de l'arbitraire avec lequel l'Administration gère ses services publics. Et si le régime français s'est rattrapé en élaborant des législations et des règlements organisant la passation et l'exécution des conventions de DSP, le phénomène est laissé dans l'ombre par le régime libanais.

31. Sur ce point, dans le but de comprendre la situation libanaise mais surtout pas de justifier la réalité amère, l'on ne peut se pencher sur le dossier de la réforme administrative sans évoquer l'histoire sanglante de ce pays, responsable de ce retard.

32. Ce petit pays a connu une féroce guerre civile _ certains même la considéraient comme « *une guerre pour les autres* »⁴⁴ _ qui s'est étalée sur 15 ans et qui ne s'est arrêtée qu'après avoir éprouvé son économie, son tissu social et son Administration. Cette guerre était dure et touchait tous les volets du système juridique. Elle a notamment été propice au développement d'une mentalité de favoritisme et de clientélisme dans le secteur des contrats publics.

Les techniques adoptées durant la période après-guerre n'étaient pas suffisante pour éliminer cette façon de penser malade. L'idée de réforme s'était exposée à une résistance naturelle des anciens combattants et chefs de milices qui se sont partagés la gouvernance de l'Etat.

33. Le pays étant sorti détruit de la guerre, une reconstruction spectaculaire était inhérente. En relativement quelques années une grande partie de l'infrastructure serait

⁴³ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, *JORF* du 3 mars 1982 p. 730

⁴⁴ TUENI Ghassan, *Une guerre pour les autres*, Editions Dar An-Nahar, 2004

réhabilitée, le centre ville est reconstruit, les services publics qui se sont arrêtés ou ont réduit leurs activités à leur état minimal se sont remis en marche. Cependant, il manquait à cet atelier de reconstruction d'être accompagné par une réforme juridique convenable pour organiser la gestion de ces services. Le choix de la durée contractuelle, comme le choix de tous les autres éléments du contrat, était l'œuvre de l'aléa. La durée est choisie au hasard, et prolongée pour la moindre raison. Cette réalité génère, dans le moindre des cas, des cas de rente de situation.

34. Il s'avère, de ce fait, nécessaire de traiter la durée, et de définir ses paramètres. Elle a été pour longtemps déterminée en fonction de l'objet et de la nature du contrat, de la nature et de l'importance du service d'une façon plus ou moins arbitraire. La nécessaire adaptation du service à l'évolution technique et aux besoins des usagers, et l'aptitude du délégant à réexaminer les conditions de fonctionnement influencent également ce choix.

35. Toutefois, la meilleure définition accordée à la durée des DSP est celle qui a été présentée par la circulaire du 7 août 1987. Dans un premier temps, elle plaça la durée au même rang des éléments essentiels dont le délégant doit tenir compte avant la conclusion de toute délégation. Ainsi, elle disposa dans son article 2 que « *s'agissant des contrats qui délèguent à une entreprise privée l'exécution d'un service public* » il serait exigé d'appeler l'attention des élus sur les trois points suivants : «

- *les conditions de passations des contrats*
- *la durée des contrats*
- *les modalités de contrôle des conditions d'exploitation du service* ».

Ensuite, elle dressa la définition de la durée des DSP en déterminant les modalités responsables de sa fixation. Dans ce sens, la circulaire précisa que « *la détermination de la durée de contrat doit concilier des exigences souvent contradictoires* :

- *d'une part, la collectivité locale doit pouvoir s'engager pour une durée qui ne fige pas pour une période trop longue les modalités d'exploitation du service ;*
- *d'autre part, l'entreprise concessionnaire ou fermière doit être en mesure d'assurer le fonctionnement du service dans de bonnes conditions, ce qui*

implique le plus souvent la conclusion d'un contrat pour une période relativement longue. Cette préoccupation se justifie en particulier par la nécessité de recruter du personnel ou de procéder à des investissements importants pour l'exécution du contrat »⁴⁵.

36. La circulaire poursuit sa présentation en sollicitant que la durée soit déterminée en tenant compte d'un certain nombre de paramètres, à savoir :

- La nature du contrat : une convention de concession nécessite souvent une durée plus longue qu'une convention d'affermage puisque dans le dernier cas l'essentiel des travaux incombe en principe à la charge de la collectivité. *« La part prise par l'entreprise dans le financement des investissements est ainsi un élément déterminant ».*
- La nature et l'importance du service : le délégataire peut se trouver en face de dépenses supplémentaires et exceptionnelles qui doivent pouvoir être étalées dans le temps
- Une marge laissée au délégataire pour adapter le service à l'évolution des techniques et des besoins des usagers et pour assurer l'entretien des équipements dans des conditions optimales.
- Le droit de la collectivité délégante de réexaminer périodiquement les conditions de fonctionnement du service.

« La durée du contrat dépend ainsi de différents critères qui doivent être pondérés et adaptés en fonction du service à rendre à l'utilisateur, de la nature particulière des prestations fournies par l'entreprise gestionnaire, spécialement en matière d'investissement, ainsi que de la nécessité d'assurer l'équilibre économique et financier du contrat »⁴⁶.

Ces considérations appellent les collectivités locales à une extrême vigilance en déterminant la durée de leurs contrats car celle-ci possède des répercussions sur leur

⁴⁵ Article 2-2 de la Circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JO du 20 décembre 1987, p. 14863.

⁴⁶ Idem

équilibre financier⁴⁷. Dans ce sens, la durée de la convention est définie comme une clause fondamentale pour tous les contrats mais qui a un rôle central en ce qui concerne les concessions de service public dans lesquelles *« la durée est une composante de l'équilibre global des droits et obligations des contractants qui justifie un certain particularisme des principes qui entourent la concession. La fixation d'une durée trop brève peut interdire le retour à l'équilibre et compromettre la survie de la concession qui est souvent subordonnée à la longue durée. En outre, une durée limitée implique une politique rigide des tarifs et des prix. La limitation de la concession à la durée de l'amortissement risque de pénaliser l'utilisateur car les tarifs sont alors calculés au plus fort alors que la longue durée permet une plus grande souplesse »*⁴⁸.

37. D'ailleurs, les dispositions de la circulaire de 1987 laissaient une large marge aux collectivités dans le choix de la durée des conventions de DSP qu'elles décident de passer. Ce texte se place dans le cadre de l'incitation et du conseil. Cependant, le seul texte à imposer des règles claires et contraignantes pour la détermination de la durée des DSP est celui de la loi du 29 janvier 1993. Avec les dispositions de la loi Sapin, la fixation de la durée de DSP remplirait la mission de la préservation du principe de la transparence⁴⁹.

38. Ainsi, aux termes de l'article 40 de la loi Sapin, codifié à l'article L 1411-2 du Code générale des collectivités territoriales, *« 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. Le délégataire peut également être autorisé, avec l'accord expressément formulé de la*

⁴⁷ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op.cit., p. 432

⁴⁸ POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1993, p. 902

⁴⁹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 431

personne morale de droit public, à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle de la convention de délégation de service public. Les autorisations données par la personne morale de droit public, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires à la convention de délégation de service public et sont, à l'issue de la durée de la convention de délégation de service public, transférés à la personne morale de droit public. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation.

Une délégation de service ne peut être prolongée que :

- a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ;*
- b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.*

Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par :

- la bonne exécution du service public ;*
- l'extension du champ géographique de la délégation ;*
- l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ;*
- la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage.*

La prolongation mentionnée au a ou au b ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions. Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

La convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Les modalités d'application du présent article sont fixées, en tant que de besoin, par décret en Conseil d'Etat ».

39. Il en résulte qu'avant la venue de la loi Sapin, la détermination de la durée d'une délégation de service public matérialisait le degré de liberté contractuelle qu'ont les cocontractants et de libre administration dont bénéficient les collectivités locales, libertés qu'il n'appartenait pas au législateur de mettre en cause, sauf erreur manifeste d'appréciation des cocontractants sanctionnée, le cas échéant, par le juge administratif⁵⁰.

40. Ce texte constitue la disposition de base sur la fixation de la durée des DSP. À celui-ci, s'ajoutent des textes particuliers qui se sont intéressés notamment à la fixation de la durée maximale dans certains types de DSP. C'est autour de ce texte, ses modifications, et les textes qui lui ressemblent que se déroule la thèse.

En effet, diverses études ont prévu que la durée des DSP et notamment la fixation de la durée maximale constituera un point de débat dans les années à venir. « Une durée

⁵⁰ CE 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, Lebon p. 225

maximale n'est pas forcément aisée à combiner avec l'approche économique et notamment la durée d'amortissement des investissements dans certains secteurs »⁵¹.

41. Le Liban n'a pas connu des textes semblables fixant d'une façon générale la modalité de détermination de la durée des DSP. En outre, le droit français, et malgré le grand nombre de textes traitant la durée dans différents types de DSP, et précisément la durée maximale de ces convention, n'a pas réussi à prémunir la transparence et la préservation du service public parce qu'il n'a pas réussi à bien cerner le rôle que joue la durée dans un contrat. Dès lors, l'absence d'analyse globale sur la place de la durée témoigne du peu d'intérêt porté à cette conception, ce qui nous conduit à déterminer l'intérêt de notre recherche.

II- L'intérêt de l'étude : la nécessité d'une analyse globale relative à la durée des DSP en droit français et libanais

42. Une réflexion générale relative à la durée des DSP peut s'avérer nécessaire et prometteuse en droit administratif. En effet, la carence des études relatives à ce thème est étonnante. D'où l'importance également de déterminer l'intérêt théorique de l'étude (1).

43. Néanmoins, la raison principale conduisant à élaborer une étude approfondie sur la durée des DSP résulte de l'impact qu'a ce sujet sur la gestion des services publics et des deniers publics. D'où la nécessité d'illustrer l'intérêt pratique de l'étude (2).

Dès lors, la recherche présente un intérêt évident tenant, d'une part, à l'absence d'une véritable conceptualisation de la notion de la durée contractuelle, et d'autre part, à la méconnaissance de leurs implications sur le droit des contrats de DSP.

1- L'intérêt théorique

44. L'objectif de la recherche consiste à proposer un cadre théorique de la notion de durée dans les contrats de délégation de service public.

⁵¹ BESSON Eric, Rapport fait au nom du secrétariat d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique, *Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé*, 27 Mai 2008, La Documentation Française, p. 36

En effet, dans l'importante littérature consacrée aux conventions de délégation de service public, la question de leur durée apparaît quelque peu marginale⁵². Elle n'a jamais été envisagée d'une façon directe. Au contraire, elle a souvent été étudiée dans le cadre de l'étude des théories classiques de l'imprévision et de la mutabilité des contrats administratifs, ou même à la marge de l'étude des théories sur la fin des contrats de délégation de service public ou sur leur prolongation.

45. L'étude de la clause de durée a été, de même, marginalisée en faveur d'autres clauses contractuelles. Cependant, cette marginalisation n'a pas toujours été délibérée, mais résultait parfois d'une simple ignorance de la place et de l'intérêt de cette clause de durée. L'on parle souvent du rôle d'équilibre que joue la durée dans un contrat public sans pour autant réaliser l'ampleur de ce terme et les conséquences de son défaut ou de sa vacance.

46. Ainsi, il échappait à l'esprit du législateur libanais et français l'importance de la place de cette clause dans un contrat de DSP. Cette ignorance, justifie l'absence quasi-totale de travaux sur ce sujet au Liban et l'insuffisance des textes et des solutions adoptés en France. En effet, le législateur libanais ne s'est même pas soucié de l'établissement des règles spéciales pour la détermination des durées en matière de DSP. Cette tâche était laissée à la seule liberté contractuelle des contractants.

47. La sous-estimation accordée à la durée par rapport à d'autres clauses contractuelles telles l'amortissement et la fixation des tarifs, participe de l'échec de la délégation dans différents endroits en raison de la persistance de la corruption et les rentes de situations. De ce fait, une recherche sur les durées des DSP permettrait d'envisager la crise traversée par les contrats de DSP sous un autre angle de vue jusqu'alors jamais pris en considération qui est celui de l'insuffisance et de la carence des législations régissant cette clause. Une telle recherche offrirait une perception critique de la situation présente avec une tentative de présenter une solution satisfaisante tout en laissant la voie ouverte à toute nouvelle proposition ainsi qu'à toute nouvelle modification de la solution proposée s'il s'avère qu'elle ne corresponde pas à la réalité

⁵² BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005 p. 89

pratique de ces contrats.

48. L'importance de ce travail est qu'il représente le premier essai de groupement, dans un seul recueil, de l'ensemble des textes législatifs, réglementaires, jurisprudentiels et doctrinaux concernant la durée des DSP en les analysant pour étudier leur ampleur. Il présente une étude globale de l'ensemble des aspects et des volets de la fixation de la durée contractuelle et le rôle qu'elle puisse jouer dans les conventions de DSP afin de lutter contre la corruption et de protéger les services publics en leur assurant la meilleure gestion possible.

49. À vrai dire, l'apport théorique de la thèse connaîtra, à notre avis, plus d'écho au Liban qu'en France en raison de l'absence totale d'écrits libanais sur ce thème, contrairement à la France où la doctrine ne s'est pas contentée des textes législatifs présents et a contribué à l'enrichissement de la bibliothèque juridique des DSP. Dans cette mesure, le problème de la durée en France est moins pressant, quoique sérieux, que celui que formule la pratique libanaise, et la raison en est simple : En France, l'on part déjà d'un ensemble de règles déjà présentes qu'il serait opportun de les moderniser, alors qu'au Liban on n'a pas des règles de base, en la matière, capables de nous orienter ou dans le moindre des cas de nous fixer le point de départ à adopter dans les recherches.

50. De toute façon, l'intérêt pratique de cette recherche n'en sera pas le principal mérite, en effet, l'intérêt pratique en est le plus pertinent.

2- L'intérêt pratique

51. Dans le Liban contemporain en reconstruction, la réforme de la politique de la gestion des services publics est confrontée à « *une Administration complètement désorganisée et à un territoire fragmenté, soumis aux nombreuses politiques pour son contrôle* »⁵³.

52. La corruption s'est enracinée au cœur de l'Administration, à tel point qu'elle est

⁵³ GHIOTTI Stéphane, « le Bassin versant en question, le modèle français de gestion de l'eau et les limites de son application au Liban », in GIRAUT Frédéric, ANTHEAUME Benoit, *Le territoire est mort, Vive les territoires !, Une (re)fabrication au nom du développement*, Institut de recherche pour le développement IRD, Paris, 2005, p. 247, spec. p. 257

devenue comme « *inhérente à sa nature* »⁵⁴. Un nouveau concept y est introduit, celui de « *corruption relative* »⁵⁵.

En effet, l'exacerbation de la corruption dans l'Administration libanaise et la gravité de la situation pourraient être représentées par les mots de Charles PEGUY qui s'adressent aux fonctionnaires corrompu de l'Administration : « *S'ils ont les mains pures, ils n'ont pas de mains* ».

Certes, il n'y a surement pas d'utilité publique à la corruption, c'est pourquoi les législations ainsi que l'Administration auraient dû depuis longtemps l'endiguer. Cependant, s'ils ne l'ont pas fait, c'est parce que le climat de la corruption profitait à leur prospérité, ou qu'ils étaient impuissants d'en venir à bout⁵⁶.

53. Concernant particulièrement l'économie nationale libanaise, celle-ci porte une grande importance à la participation du secteur privé dans la gestion de ses services publics ainsi qu'à l'initiative privée. En effet, le Liban est un pays où le secteur des services constitue sa source de vie et de persistance. Ainsi, l'absence de législations claires précises et détaillées sur le sujet des délégations de service public, leur conclusion et exécution décourage les investisseurs étrangers et nationaux à venir concurrencer pour la gestion des services publics. De même, les contrats de DSP au Liban souffrent, non seulement de l'absence de législations précises et fermes, mais aussi, et en raison de cette absence, d'une politique de prolongation des conventions en cours d'une façon préjudiciable non seulement aux potentiels concurrents du délégataire mais aussi à l'Administration et aux usagers du service.

54. En revanche, concernant le régime juridique français, malgré l'enchaînement des législations encourues pour la lutte contre la corruption et l'établissement d'une mise en concurrence réelle ainsi qu'une périodicité des conventions de DSP, à travers la fixation des modalités de détermination de la durée contractuelle d'une part et la fixation ou la suppression d'une durée maximale législative pour certains services déterminés d'autre part, ce régime était encore loin d'aboutir à ses espérances. En effet, la pratique a généré

⁵⁴ BARAKAT Leila, *Les aventuriers de la gestion publique*, liR, collection Gubernare, 2005, p. 41

⁵⁵ BARAKAT Leila, *Les aventuriers de la gestion publique*, liR, collection Gubernare, 2005, p. 41

⁵⁶ Ibid, p. 39

des situations de déséquilibre entre contractants, de rentes de situations et de corruption que les législations en cours n'ont pas pu résoudre. Elles ont donc prouvé leur échec à assurer une bonne gestion des services publics. En réalité, la perception du problème se faisait jusqu'à présent sous un mauvais angle de vue.

Cette prise de conscience des conséquences dommageables dans la pratique de l'absence d'une législation complète régissant cette matière, se traduira par la nécessité de présenter une sorte de solution générale à ce problème qui se base sur une critique scientifique de la situation en cours munie d'une nouvelle proposition législative.

III- Délimitation du sujet

55. D'une façon générale, la recherche repose sur deux grandes notions, la durée et la délégation de service public : l'objet et son domaine d'étude. C'est dans ce sens que l'objet et son cadre seront simultanément analysés tout le long de la thèse, puisque le problème traité par cette recherche ne concerne pas uniquement la durée isolée de son large entourage que constitue la délégation de service public, surtout qu'au Liban, par exemple, il ne s'agit pas seulement d'un problème de durée des contrats de DSP, c'est au fond même un problème de DSP en général.

56. Certainement, la durée mérite une étude approfondie et ramifiée permettant de la cerner afin de la régler. Néanmoins, bien qu'elle constitue une clause essentielle dans l'ensemble des contrats qu'ils soient publics ou privés, son degré d'importance et d'impact sur les autres éléments composants le contrat diffère d'un contrat à autre. Dans ce sens, l'application de la notion de durée mérite donc d'être précisée. Dès lors. Il convient à la fois d'identifier le champ de la recherche qui sera retenu (1), et de préciser plus particulièrement les domaines qui en seront exclus (2).

1- Le champ de l'étude

57. Comme le prévoit l'intitulé de la thèse, le champ de l'étude comprend exclusivement les conventions de délégation de service public. Dans ce sens, cette étude s'arrête aux frontières de ce type de contrat sans pour autant le dépasser vers des champs différents mêmes s'ils sont proches et concernant aussi les services publics.

Dans la même ligne de pensée, dire que le champ visé dans cette thèse se limite aux conventions de DSP, signifie qu'entrent dans le cadre de celle-ci, l'ensemble des conventions faisant partie des DSP. Ainsi, sont inclus dans la recherche, les contrats de concessions de service public, les contrats d'affermage, et ceux de régie intéressée. Quoique certaines études fassent de la concession le contrat principal dont les autres modes de gestion ne seraient que des variantes⁵⁷, l'ensemble de ces contrats sont placés sur un pied d'égalité du point de vue de cette recherche.

58. Cependant concernant le contrat de BOT⁵⁸ il serait nécessaire de savoir si son étude fait ou non partie de notre recherche. En effet, elle en fait partie, surtout après la réitération de la jurisprudence libanaise⁵⁹ qui considère ce type de contrat comme faisant partie des contrats de DSP. Ainsi, par définition, le contrat de BOT est celui par lequel une personne publique confie à une personne du droit privé la mission d'établir un service public, les installations nécessaires à son fonctionnement, ainsi que sa gestion pendant une certaine durée à la fin de laquelle, le service retourne avec ses installations à la personne publique propriétaire du service. Néanmoins, le contrat de BOT sortira de la catégorie des DSP, et par la suite du cadre de notre recherche, dans le seul cas où il ne porte pas sur l'établissement d'un service public mais uniquement sur la construction et la gestion des ouvrages publics. Il fera partie, dans ce cas, de la catégorie des concessions de travaux publics⁶⁰.

59. En revanche, et d'une façon plus spéciale, le champ de l'étude s'étale pour englober la totalité des phases qui se dégagent des conventions de DSP. Dans ce cadre, il s'agit d'étudier la détermination de la durée au moment de la conclusion du contrat et sa variation au cours de son exécution. D'abord, le champ de la recherche comprend la notion de durée, sa détermination dans le contrat, la rigueur de cette détermination, les éléments influençant son choix et les conditions de sa prolongation car on ne peut

⁵⁷ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 165

⁵⁸ Sigle anglais signifiant Build, Operate et Transfert (Construction, Exploitation et Transfert)

⁵⁹ CA Beyrouth, 3^{ème} chambre, n° 1998, 25/11/2004, *Revue de la Justice*, 2005, n° 3, p. 506 ; CE Lib., 17 juillet 2001, *Société Libancell*, n° 638/2001 ; CE libanais, 17 juillet 2001, *Société FTML*, n° 639/2001 ; CE Lib, n° 218/2012-2013 du 20 décembre 2012, non publié.

⁶⁰ CE Lib, n° 218/2012-2013 du 20 décembre 2012, non publié.

constituer une étude complète sur la durée sans étudier ses hypothèses de prolongation. Toutefois, l'on ne traitera pas, dans cette étude, les questions du raccourcissement de la durée du contrat et les fins anticipées de celle-ci car les études sur la rupture des relations contractuelles sont nombreuses et suffisantes. Ainsi, la thèse ne s'intéressera à la question des fins prématurées des contrats que dans les limites du besoin de la recherche.

60. Ensuite, le champ s'étend à une série de législations de DSP appartenant à des domaines variés (eau, assainissement, casinos, remontées mécaniques, ...). La place de la durée dans une convention de DSP sera étudiée lors d'une fixation législative de la durée plafond et en cas d'une suppression de ce plafond.

61. Enfin, le champ de la recherche s'étale vers d'autres éléments du contrat desquels dépend la durée contractuelle à savoir l'amortissement des installations, les tarifs du service, les biens de retour et les biens de reprises,...

62. Dans un autre sens, et concernant la différence du champ d'étude entre la France et le Liban, il importe de clarifier que cette recherche concerne d'une part les délégations de services publics locaux en France et d'autre part les conventions de DSP nationaux au Liban et ceci pour diverses raisons :

En effet, considérant la petite dimension du Liban, la situation de ses collectivités territoriales qui ne bénéficient pas d'une liberté d'administration de leurs services publics comparable à celle dont bénéficiaient leurs homologues françaises, et considérant les petites dimensions des services publics locaux qui n'encouragent point le secteur privé à y investir, l'étude des conventions de délégations de service public au niveau national aura pour le moment plus d'intérêt pour la correction des situations présentes. Cependant la situation française n'est pas pareille. En effet, les DSP locales y occupent une énorme place, au point de dépasser dans leur intérêt et leur actualité les DSP nationales c'est pourquoi on étudiera au niveau français les DSP locales. Tout en affirmant que l'étude de la question de la durée aura plus ou moins les mêmes conséquences et les mêmes solutions proposées que ce soit au niveau national ou même local.

De même, à partir de 1982, la comparaison entre les contrats conclus par les collectivités locales françaises et libanaises conduit à des constats divergents. Avec la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, les collectivités locales françaises se contentent de transmettre les conventions conclues au représentant de l'Etat, qui n'a le droit que de les déférer au tribunal administratif, dans les deux mois suivant la transmission, s'il les estime illégales, alors que le décret-législatif libanais n° 118 du 30 juin 1977 impose toujours le contrôle de l'autorité de tutelle et son approbation sur certaines décisions du conseil municipal, dont les contrats de DSP. Ceux-ci ne sont considérés conclus qu'après cette approbation ultérieure⁶¹.

63. Il s'agit donc d'étudier les cas de DSP les plus connus dans chacun des deux pays. Au Liban, et en raison de sa petite dimension et de l'absence des grands travaux autonomes au niveau local, il serait plus clair d'étudier le principe de DSP en général, c'est à dire au niveau national, dans une ambition de pouvoir l'appliquer ultérieurement au niveau local. Cependant, en France le type de convention le plus connu et le plus répandu est celui des conventions de DSP locales. Néanmoins, malgré la différence du champ de recherche, le problème est le même et le résultat envisageable sera vraisemblablement identique que le contrat soit conclu sur le plan local ou national.

2- Les domaines exclus de la recherche

64. Étant donné que le champ de la recherche ne concerne que les conventions de DSP, les contrats de marchés publics et de concession de travaux public seront automatiquement exclus même si conclus sous forme de contrats de concession. Il en ira de même pour les contrats de bail emphytéotique, et les contrats de partenariat public-privé. Cependant, concernant ce dernier type de contrat, il sera évoqué dans le cadre libanais pour lui permettre de profiter des résultats dégagés en matière de DSP, surtout qu'un projet de loi est entrain d'être préparé sur les contrats de partenariats et que la question de savoir, si les contrats de DSP seront considérés par le législateur libanais comme faisant partie de ces contrats ou bien si les partenariats constitueront une catégorie de contrats à part entière, n'est pas encore clairement tranchée.

⁶¹ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 1, *les services publics et les droits de l'homme*, 1^{ère} édition 1998, sans éditeur, p. 454

65. En outre, en dépit de l'exclusion des marchés publics du domaine de l'étude, il y sera parfois fait référence dans le cadre de la comparaison avec le régime des DSP ou bien, dans le meilleur des cas, pour mettre en évidence la situation qui s'appliquait aux DSP avant l'établissement de leur régime propre.

66. L'exclusion de ces contrats du champ de l'étude est justifiée par le fait que la notion de durée n'a pas la même importance dans un contrat de marchés publics ou dans un contrat de concession de travaux que dans un contrat de DSP. Ainsi son étude dans ce dernier cadre se justifie par son originalité.

IV-La problématique retenue

67. La problématique retenue dans cette recherche se divise en deux grandes séries de questions. La première concerne la détermination de la durée dans le contrat, la seconde concerne la fixation préalable d'un plafond de durée dans les lois.

Dans ce sens, l'étude constate la présence d'un dysfonctionnement en matière des conventions de délégation de service public, et précisément concernant la fixation de la durée de ces contrats. Il s'agit donc de s'interroger sur l'intérêt de la fixation de la durée dans un contrat de DSP, les modalités de sa détermination et les hypothèses de sa prolongation. De même, il serait opportun de savoir si l'expérience de la loi Sapin représente un succès à généraliser et à transmettre au droit libanais. D'autre part, la recherche s'intéresse à la question de savoir si la fixation législative préalable d'une durée maximale contribuera à la préservation du service public en cause ou bien elle formera une contrainte supplémentaire mais inutile. Dans ce dernier cas, la suppression du plafond serait-elle la solution à envisager ou existerait-il d'autres moyens jusqu'alors dissimulés pour résoudre ce problème ?

68. En résumé, il importe de connaître la place, la fonction de la durée dans le contrat de DSP, la pertinence de sa fixation législative et contractuelle et la possibilité d'établir une durée variable, révisable au sein du contrat.

Pour pouvoir répondre à ces questions, il a fallu mettre en parallèle les deux droits français et libanais et voir comment chacun d'eux s'est efforcé de résoudre la même situation polémique.

69. La démarche méthodologique à suivre consiste à constater les lacunes encombrant les législations d'aujourd'hui pour proposer des remèdes pour l'avenir. Autrement, l'on risque de faire écho aux propos de Sénèque : « *Il n'y a plus guère de remède au mal quand les vices d'hier sont devenus les mœurs d'aujourd'hui* ».

V- La démarche choisie

70. Le choix de la méthode retenue n'est pas anodin car il détermine la qualité scientifique de la démarche entreprise.

71. En effet, cette méthode repose sur une combinaison de deux approches principales. Dans un premier temps, les recherches se sont orientées vers la détermination générale de la durée des DSP. Dès lors, il était évident que l'étude aborderait les rapports entre cette notion et les autres notions dont dépendent les DSP, ainsi que la place du principe de détermination dans le contrat. Néanmoins cette méthode s'avérait insuffisante au stade d'une recherche plus substantielle. Les recherches se sont alors déroulées dans le cadre de domaines spécifiques reflétant la réalité de la détermination. La combinaison de ces approches obéit à la recherche d'un équilibre entre la théorie générale et la pratique au cas par cas.

72. Cette méthode a consisté à étudier l'émergence de la notion de fixation de la durée contractuelle et de la situation qui existait bien avant cette date, les critiques et les avantages d'une telle fixation, ainsi que les facteurs en vertu desquels la durée a été déterminée. L'étude a ensuite conduit à confronter ce concept à la pratique à travers la présentation de certaines législations en tant qu'exemples de la concrétisation de ce principe de fixation et illustrations de son impact négatif sur la vie des DSP. Les résultats de cette analyse conduisent à préconiser de renoncer à l'ancienne théorie qui veut que la durée soit fixée préalablement et d'une façon invariable pour des raisons de sécurité juridique et de respect du principe de mise en concurrence. La recherche met en évidence

le fait que la lutte contre la corruption ne se matérialise pas par la détermination préalable de la durée mais suppose de la rendre déterminable en fonction des facteurs dont elle relève.

73. La méthode adoptée consiste à respecter la spécificité du droit libanais et du droit français même dans son aspect négatif c'est-à-dire concernant les problèmes auxquelles se confrontent les deux régimes, et s'efforce par la suite d'évoquer des solutions propres à chacun d'eux.

Ainsi, il ne s'agit pas de présenter une étude comparée du droit régissant les délégations de service public au Liban et en France puisque la comparaison en elle-même est inadmissible entre un système développé, même s'il comporte des manques graves, qu'elles soient, et un système en cours de développement ; entre un régime juridique qui génère constamment des législations en cette matière et un autre n'accordant aucune importance de près ou de loin à cette question au moment où ses services sont gérés, en leur majorité, par de tels contrats. De même, il ne s'agit, surtout pas, d'étendre l'expérience française à la scène libanaise. Au contraire cette étude vise à profiter de la mise en évidence des lacunes du droit français et du droit libanais, afin d'établir un système propre à chaque régime, conforme à ses spécificités. Ainsi, il s'agit simplement de présenter une étude complète reflétant la situation française, ses échecs et les possibilités de son évolution, ainsi que la situation libanaise, ses problèmes de fond en la matière, et les solutions qui peuvent lui être apportées. Aucune comparaison n'est présente au sens propre du terme quoique que l'on espère, surtout concernant le régime juridique libanais, qui n'a pas encore instauré ses propres législations en matière de DSP, de profiter de l'expérience et des faillites du régime français pour ne pas reprendre des pas et des initiatives déjà expérimentées et ayant déjà prouvé leur échec.

74. En résumé, l'écueil à éviter réside dans l'adoption d'une solution qui consisterait à transposer fidèlement la notion française de durée de DSP à la situation libanaise. Une telle solution ne peut être envisageable car la réglementation libanaise date essentiellement de l'époque mandataire et n'a pas été fortement changé. Dans cette mesure, l'évolution profonde qu'a connue le droit français des contrats publics au cours

des années n'a pas été transmise au Liban. Dès lors, toute cette diversité des techniques contractuelles rend plus difficile toute possibilité de mener une étude comparée avec le droit des contrats publics au Liban.

75. D'une façon plus technique, le raisonnement adopté consiste à exposer les textes régissant la question de la durée dans les conventions de délégations de service public, à analyser surtout les travaux préparatoires pour discerner les réelles raisons poussant le législateur à bouger et vérifier si la lutte contre la corruption et la protection des services publics figuraient parmi les objectifs du législateur et repérer ainsi la place qu'occupaient celles-ci dans ces lois et si ces dernières ont réussi à les atteindre en adoptant la stratégie classique dressée par ces lois.

76. Par ailleurs, l'analyse des décisions juridictionnelles occupe une place primordiale dans cette étude étant donné que celles-ci comblent les lacunes laissées par les lois et jouent un rôle fondamental dans la révélation des intentions du législateur et dans l'analyse des textes législatifs.

77. En outre, face à l'insuffisance des écrits dans le droit libanais sur ce sujet et à l'hésitation du juge à prendre des décisions courageuses obligeant le législateur à évoluer dans ce sens, la thèse s'est basée sur un grand nombre d'entretiens et de questionnaires adressés à des juristes, qu'il s'agisse de représentants légaux des sociétés de concession, de juges au Conseil d'Etat, de concessionnaires, de ministres ayant octroyés des conventions de DSP, de fonctionnaires dans les Administrations concernées, ou encore de docteurs en droit constitutionnel pour analyser et commenter la Constitution. Ainsi, nous avons essayé de réunir une série de données pertinentes en la matière, en espérant qu'elles seront également utiles aux prochaines recherches en la matière.

78. Toutefois, les recherches ne prétendent pas résoudre la crise des contrats, elles se contentent d'en discuter. Elles représentent seulement une analyse intégrale de la situation, susceptible de contribuer à l'élaboration d'une solution convenable.

79. Enfin, cette méthode consiste à partir du plus général vers le plus particulier. Une telle logique repose sur l'exposition de la notion large de la durée dans les contrats de

DSP en général avant de s'arrêter sur des cas particuliers de services publics. Elle permettra ainsi, de montrer l'importance de la place de la durée et la nécessité ou non de sa fixation.

VI-Les résultats de la recherche et l'organisation de leur présentation

80. « *La durée est un paramètre d'analyse fondamental de tout contrat de délégation de service public et, spécialement, de celui de son « équilibre »* »⁶².

Elle constitue l'un des « *instruments* »⁶³ de l'équilibre financier de la convention de DSP. Cet équilibre tient à l'établissement d'une durée contractuelle permettant l'amortissement des investissements, grâce au prix versé par les usagers.

81. Ce travail de recherche affirme la nécessité de conserver cet équilibre tout le long de l'exécution de ces contrats et non seulement au stade de la conclusion. Il a cependant, le mérite de montrer l'inconvenance de la fixité préalable de la durée à réaliser et maintenir cet équilibre.

Suivre ce modèle de raisonnement conduit à un résultat évident, qui est celui de la variabilité de la clause de la durée des DSP en fonction de nombreux facteurs, et par la suite la nécessité de modification de l'article L. 1411-2 du CGCT et de l'ensemble du système de contrôle exercé dans ce type de conventions.

82. Dans une première partie, l'on s'efforce de délimiter la notion de la durée des DSP, sa valeur dans ce type de contrat, son ampleur par rapport aux autres clauses contractuelles, et d'identifier les différents enjeux influençant le choix et le calcul de la durée. Cette logique conduit à dégager les avantages et les carences de la loi Sapin concernant la détermination de la durée et la limitation de ses possibilités de prolongation. Cette opération appelle évidemment aux contributions apportées par la jurisprudence française à l'appui de cette théorie, à la délimitation de son champ d'application et à sa mise en œuvre. Dès lors, il était nécessaire de mener une

⁶² DAVIGNON Jean-François, « Concession de service public », *Juris-Classeur administratif*, Fascicule 664, I-D pt. 44 (mis à jour 1er juin 2014)

⁶³ GRAS Antonin, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », art. prec., p. 15

comparaison concernant l'évolution jurisprudentielle en France et au Liban et le rôle que joue chacun des deux juges, son pouvoir, sa volonté de prendre l'initiative de changer, et son courage à ajuster les situations qui ont échappé aux rédacteurs des lois.

83. Une fois établie l'étendue de la notion de durée des DSP, la seconde partie de la thèse est consacrée à une étude plus approfondie concernant des cas particuliers de DSP régis par des textes spécifiques, pour illustrer et mesurer l'impact de la technique de fixation législative préalable d'une durée maximale sur les conventions de DSP à venir, ainsi que les conséquences de l'application de la politique de suppression simple de ce plafond législatif dans certains types de services publics sur la vie pratique de ces services. Cette mise en évidence est suivie d'une comparaison entre ces deux types de lois, destinée à voir si l'une des deux aboutirait à la réalisation de la stratégie de lutte contre la corruption ou bien s'il est nécessaire de recourir à des nouvelles stratégies dans la résolution des problèmes de durée se rapportant aux DSP. Cette étude conduit à affirmer qu'il n'existe aucune durée « *standard* » d'une catégorie de délégation par rapport à une autre et que la question de la détermination de la durée contractuelle est une question casuistique dont la solution ne peut être généralisée à l'ensemble des conventions de même nature. Pour finir, la solution proposée serait évidemment dans l'adoption d'une notion de durée déterminable au cours de l'exécution du contrat sans qu'elle soit impérativement déterminée au moment de la conclusion de celui-ci. La variabilité de la durée serait carrément encadrée par un programme de contrôle ferme de la part d'une autorité compétente à le faire, et qui soit à distance égale des deux parties du contrat.

Ainsi les deux parties de la thèse sont :

Partie I :

L'objectif manqué de l'encadrement contractuel de la durée des délégations de service public

Partie II :

La prépondérance de l'élasticité de la durée des délégations de service public

Partie I - L'objectif manqué de l'encadrement contractuel de la durée des DSP

84. « *On ne peut ne pas partager le rêve d'un monde transformé en une vaste maison de verre et s'inquiéter de la réduction croissante des espaces d'intimité* »⁶⁴.

85. La transparence des relations contractuelles devient, à l'époque actuelle, l'une des préoccupations primordiales du droit public des systèmes juridiques mondiaux. En fait, la vie économique-politique des personnes morales du droit public se plaignait, depuis des années, de certaines pratiques générant des situations de corruption, nuisant à la fois aux collectivités et aux services publics, et avait besoin fortement d'une moralisation, particulièrement au niveau des contrats de délégation de service public. Le défaut de transparence dans l'attribution et l'exécution de ces délégations rendait les organes de contrôle incapables de vérifier les justificatifs approuvant la captivité du service pour une telle ou telle période, et permettait au délégataire de recueillir des avantages gratuits d'une telle absence : une durée excessive lui assurant une rente de situation.

Dans ce sens la détermination de la durée est présentée, non seulement comme une thérapeutique ou une mesure préventive, mais aussi comme un objectif pour prévaloir et protéger les services publics.

86. Pourtant cette tâche de détermination revêt certaines difficultés en raison du rôle complexe qu'est censée jouer la durée dans la relation contractuelle qui est celui de concilier entre des intérêts absolument contradictoires. D'une part, le souci de la collectivité de s'engager pour une durée raisonnable qui ne fige pas pour toujours le choix des modes d'exploitation du service, et, d'autre part, le souhait du cocontractant d'assumer le fonctionnement du service pour la plus grande période possible pour dégager le plus haut profit possible.

⁶⁴ LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics » *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2004, Chronique, p. 4

87. Entre les besoins de la fixation et les contributions réelles des deux régimes juridiques libanais et français dans le sens de cette fixation, la détermination de la durée est encore loin d'être achevée. Ainsi, Les différents aspects de la détermination seront présentés à travers les deux titres suivants :

Titre I - La recherche d'une meilleure garantie des intérêts publics en jeu

Titre II - L'échec de l'encadrement de la durée

Titre I - La recherche d'une meilleure garantie des intérêts publics en jeu

88. Le droit des conventions de délégations de service public a connu, au cours des dernières années, une évolution considérable qui a sérieusement débuté avec la Loi Sapin et qui ne s'est pas encore arrêtée. La Loi Sapin reflétait clairement le changement de la mentalité dominante sur la scène des contrats publics. Elle est le résultat d'un long débat sur la convenance de l'évolution des règles régissant les délégations de service public, voire la nécessité de modification des objectifs qui les sous-tendent.

Dès lors, une bonne gestion qui assure l'intérêt du service, exige la mise en place de nouvelles règles prévalant la transparence, la périodicité et emportant d'une façon ou d'une autre, des principes, jugés jusqu'à lors, fondamentaux en droit des services publics, telle la libre administration dont bénéficiaient les collectivités locales.

89. Ces nouveaux principes ont été intégrés à des différents degrés au Liban et en France, mais en se basant, cependant, dans les deux systèmes sur une idée commune de délimitation considérée de la durée des délégations. L'encadrement de celle-ci était vu, d'une part, comme un remède aux difficultés que rencontre l'application des conventions de DSP et d'autre part, comme un moyen pour faire prévaloir ces nouveaux principes mis en jeu.

90. L'étude de la détermination de la durée exige que nous partions dans ce premier temps sur la genèse de la notion de l'encadrement de la durée (chapitre I), ensuite sur les dispositifs de cet encadrement (chapitre II).

Chapitre I - La genèse de la notion d'encadrement de la durée

91. D'un pur mirage vers une réalité indéniable : La détermination de la durée des conventions de délégation de service public, tant rêvée, est sur le point de tracer un pas en avant dans la vie contractuelle annonçant la fin de l'ère des tabous dans le champ de la gestion déléguée. Les collectivités territoriales assisteront à la venue d'un moment où règnent la transparence et la précision dans leurs rapports avec les autres personnes du droit public ou privé. La durée de ce que l'on n'appelait pas encore, à l'époque, des conventions de délégation de service public, mais qui en étaient, occupait souvent une place marginale, non seulement, dans les études réalisées en la matière, mais aussi dans la mentalité des contractants. Cette réalité était affirmée par l'ensemble des contrats passés pour de très longue durée sans que le choix de ce terme ne soit soumis à une obligation autre que celle du bon gré de la collectivité. La fin de l'époque de non détermination (section I) n'aurait été possible sans le concours des efforts des juristes, experts et parlementaires soucieux à l'avancement du système de la délégation du service public et à la satisfaction des intérêts de ces services. L'article 40 de la loi Sapin et l'article 89 de la Constitution libanaise ne sont que les premières pierres posées pour combler le vide juridique dont souffre la pratique française comme libanaise.

92. Cette détermination n'était pas détachée de tout lien avec les principes régissant les conventions de délégation de service public. Au contraire ceux-ci viennent jouer au profit et à l'encontre de cette détermination pour dresser, d'une part, son champ d'application et pour la concilier d'autre part avec les autres composants efficaces de ces conventions. Ainsi il s'agit d'une influence extrinsèque affectant la détermination (section II).

Section I : La fin d'une époque de non détermination

93. En France, la vraie date d'indétermination des durées des conventions de

délégation de service public revient au jour où est intervenue la loi du 2 mars 1982⁶⁵ qui a mis un terme à la soumission de ces conventions au régime de tutelle consistant à les aligner à des cahiers des charges types établis par les ministères fixant le régime et les durées maximales de chaque type de contrat. La fin de cette indétermination trouve sa source dans une législation parallèle intervenue en 1993. Il s'agit d'une instauration législative du principe en France (paragraphe 1). Tandis qu'au Liban, la date de l'indétermination revient à l'époque de l'occupation Ottomane (depuis 1516) et peut-être même avant, et résultait de l'absence de législation et de réglementation dans ce domaine. Toutefois, ce vide juridique a été comblé par une adoption constitutionnelle du principe en 1926 (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'instauration législative du principe en France

94. Le principe de la détermination et de la limitation de la durée dans un contrat de délégation de service public n'était pas l'œuvre d'un simple projet gouvernemental de 1992, mais le résultat d'un effort industriel de la doctrine, des praticiens et des juristes, qui a débuté des années avant la Loi Sapin et qui ne s'est pas achevé après sa promulgation. Ainsi, à une clameur revendiquant le principe (A) a succédé une réalité législative séduisante affectant la vie des délégations de service public. Pourtant ce labour doctrinal n'aurait jamais abouti sans une prise en considération louable du législateur (B).

A- Une clameur revendiquant le principe

95. La situation des délégations de service public était incontestablement contestée (1) par la doctrine française notamment pour le caractère excessif de la durée qui caractérisait ces contrats. Mais cet encombre historique va apercevoir une lueur d'espoir avec le rapport BOUCHERY : le premier pas du chemin de mille lieues (2).

1- Une situation antérieure récusable

96. L'histoire des délégations de service public connaissait des conventions conclues, eu égard à leur objet, pour une durée relativement longue. Celles-ci se justifiaient par « *la*

⁶⁵ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF du 3 mars 1982 p. 730

*nécessité de soustraire la relation juridique nouée entre la personne publique et le délégataire à la précarité et à l'incertitude. Elle s'explique également à l'origine par la nécessité d'obtenir le concours de capitaux privés à des opérations présentant un risque accusé, soit en raison de difficultés techniques, soit, simplement, par l'ampleur de l'investissement à réaliser*⁶⁶ ».

97. Les contrats de longue durée étaient surtout adoptés dans le champ des concessions. Les exemples en France ne manquaient pas de l'affirmer. Ainsi une convention tripartite relative à la Tour Eiffel fut signée en 1887 entre le ministre du Commerce et de l'Industrie, Commissaire général de l'Exposition universelle de 1889, la ville de Paris, et M. G. EIFFEL, ingénieur-Constructeur. Cette convention accordait à ce dernier « *la jouissance de l'exploitation de la Tour pendant l'année de l'Exposition universelle et pendant les vingt années qui suivront, à dater du 1^{er} janvier 1890* »⁶⁷. Ce contrat typique de concession prévoyait que M. EIFFEL apporterait les trois quart de fond et toucherait une subvention. Dans le même sens figure le traité d'éclairage au gaz de 1870 conclu entre la ville de Paris et la compagnie parisienne d'éclairage et de chauffage par la gaz dans Paris comportant un « *cahier des charges de l'entreprise de divers travaux de premier établissement et entretien des appareils à exécuter* »⁶⁸. Ce contrat de concession était conçu pour 18 ans.

Et ces contrats de longue durée ne s'arrêtaient pas aux concessions de service public mais les dépassaient pour englober tout le domaine des délégations de service public. Dans cette ligne, un contrat de régie intéressée a été conclu en 1922⁶⁹ entre la ville de Paris et MM. AUBRUN, MARIAGE et LORAIN et la société des engrais complète pour l'exploitation des usines de traitements des ordures ménagères de la ville de Paris. Cette convention concernant la construction et le fonctionnement des usines de St Ouen, Issy les Moulineaux, Ivry et Romainville était prévue pour 30 ans.

98. Par ailleurs, la construction n'était pas le seul objet des contrats de longue durée :

⁶⁶ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005 p. 89

⁶⁷ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Thèse Paris 12, 1997, LGDJ, Paris, 1999, p. 126

⁶⁸ Ibid, p. 128

⁶⁹ Ibid, p. 139

une convention signée entre la ville de Paris et la Compagnie générale des eaux le 11 juillet 1860⁷⁰ confiait en effet à la Compagnie la régie intéressée des eaux de la ville de Paris pour une période de cinquante ans.

99. En matière de transport, les délégations de service public offraient une autre illustration des contrats à durée excessive. En effet, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle⁷¹, la durée des contrats de concession était fixée soit à cinquante ans pour la majorité d'entre eux, soit à quatre-vingt-dix-neuf ans pour les conventions de chemin de fer, telle la concession du Chemin de fer du Midi approuvée par un décret impérial du 1^{er} août 1857.

100. La plus grave de ces durées était certainement celle de 99 ans, qui, si elle pouvait être justifiée pour des grandes constructions telles les voies de chemin de fer, ne serait normalement admise pour des contrats de distribution de l'eau. Et pourtant, elle l'a été : Par un traité de concession signé le 24 juillet 1931, la *Commune d'Olivet* a confié à la compagnie générale des eaux, pour une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans à compter du 4 avril 1933, l'extension et l'exploitation de son service de distribution d'eau potable⁷². Le terme fixé à la concession était donc le 4 avril 2032.

101. En revanche, les contrats d'affermage qui sont normalement d'une durée plus courte que les contrats de concessions, en raison de leur objet qui se limite à la gestion ou à l'exploitation des ouvrages déjà présents et construits au départ soit par la collectivité organisatrice du service public soit par un ancien concessionnaire, n'ont pas été disqualifiés par le juge administratif pour être accommodés d'une durée de trente ans⁷³.

102. Et pour finir avec les baux emphytéotiques auxquels serait adjointe une convention de délégation de service public, ces contrats pouvaient s'étendre sur une durée extrêmement variable allant, en vertu de la loi du 25 juin 1902, de 18 à 99 ans⁷⁴.

⁷⁰ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », art. prec., spec. p. 90

⁷¹ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », art. prec., spec. p. 90

⁷² CE, assemblée, 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux et Commune Olivet, Recueil Lebon*, n° 2/2010, p. 117

⁷³ CE 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt, Recueil Lebon*, p. 53

⁷⁴ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », art. prec., spec. p. 91

103. C'est, précisément, sur ces durées, jugées excessives et susceptibles de conduire à de véritables « *rentes de situations* »⁷⁵, que la doctrine s'est intervenue et que les voix se sont élevées pour adopter une solution efficace et rapide mettant fin à ce système avarié. Pourtant, en réalité, ce qui faisait aggraver la situation et imposait une nécessité de modification, n'était pas seulement la question de la longue durée des contrats de délégation de service public mais aussi la question de la pratique des prorogations tacites qui font que « *les durées initiales se trouvaient fortement amplifiées*⁷⁶ », ainsi que la question du libre choix du délégataire qui entrave l'égal accès des candidats, encourage et dissimule de dangereux cas de corruption.

104. Notons au passage, pour ne plus y revenir, qu'il serait erroné de juger que la totalité des contrats de délégations de service public sont des contrats à longue durée. Il n'existe en la matière aucune durée « *standard* »⁷⁷, au contraire, la pratique a démenti cette hypothèse en installant un certain nombre de contrats conclus pour des durées relativement brèves. En effet rien n'interdit qu'un contrat de concession soit de courte durée au cas où la personne publique contractante s'occupait au moins partiellement des frais du premier établissement⁷⁸. En outre, certains contrats de concession conclus dans le domaine des transports, et ne comportant que des investissements limités, sont accommodés d'une durée d'exécution relativement brève⁷⁹.

2- Le rapport Bouchery : le premier pas du chemin de mille lieues

105. « *Il faut guérir la corruption, il faut la prévenir aussi* »⁸⁰. Par ces mots, le premier ministre Pierre BEREGOVOY traça la politique de son gouvernement en annonçant qu'il a confié à un groupe de personnalités « *irrécusables* » la tâche de lui remettre des propositions sur les mesures immédiates à prendre pour moraliser les

⁷⁵ AUBY Jean-François, « la délégation de service public : premier bilan et perspectives », *RDP* 1996, p. 1095, spec. p. 1105

⁷⁶ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12

⁷⁷ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », art. prec., spec. p. 90

⁷⁸ CE 20 Mai 1994, *Société le gardiennage industriel de la Seine et autres*, *Lebon*, tables, p. 1038.

⁷⁹ BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », art. prec., spec. p. 90

⁸⁰ BEREGOVOY Pierre, *La déclaration de politique générale du gouvernement* le 8 avril 1992 à l'Assemblée Nationale, in *Rapport au premier ministre de la commission de prévention de la corruption* présidée par Robert BOUCHERY, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, la documentation française, Paris, 1993, p. 9

différentes opérations qui peuvent être sources de profits illicites. Dans sa lettre adressée au président de la commission⁸¹, Robert BOUCHERY, le premier ministre évoqua la présence de mécanismes économiques et financiers exposés plus que d'autres à des pratiques illicites difficiles à discerner sur lesquels il voulait que la commission concentre son travail. Il s'agissait en priorité de trois domaines non limitatifs : la conclusion de concessions et des marchés publics, les opérations immobilières et d'urbanisme, et l'utilisation de contrats d'études ou de publicités à des fins étrangères à leur objet.

106. Par ailleurs, la commission avait dressé pour son travail des lignes rouges à ne pas franchir, à savoir le respect de la loi et des principes généraux du droit. D'une part, prémunir la transparence publique ne justifiera aucune atteinte au droit du travail ou au respect de la vie privée⁸². D'autre part, il ne saurait en aucun cas mis en cause les libertés individuelles, la décentralisation et la déconcentration : ni les pouvoirs des élus ne seront touchés par les mesures de surveillance bureaucratique ou le retour à des formes de contrôle à priori et l'exercice de pouvoir de tutelle, ni les mesures de modernisation des services publics, de responsabilisation des agents et de globalisation des budgets ne seront découragées.

107. Dans le domaine des délégations de service public, la commission souligna la réalité d'absence de règles générales régissant celles-ci, contrairement à la présence d'un code régissant les marchés publics. Selon le rapport Bouchery, la justification traditionnelle du libre choix de la collectivité de son cocontractant reposait sur deux idées : Premièrement « *un concessionnaire se rémunère sur les usagers et il exécute le contrat à ses risques et périls ; la protection des deniers publics n'est donc pas en cause*⁸³ » et deuxièmement « *le choix de déléguer l'exploitation d'un service public est inhérent à la responsabilité d'organisation du service public qui incombe à une collectivité publique ;*

⁸¹ Lettre de mission adressée par le premier ministre à Robert BOUCHERY, président de la commission pour la prévention de la corruption le 22 avril 1992, in Rapport au premier ministre de la commission de prévention de la corruption présidée par Robert BOUCHERY, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, la documentation française, Paris, 1993, p. 13

⁸² Rapport de la commission pour la prévention de la corruption, juin et décembre 1992, in Rapport au premier ministre de la commission de prévention de la corruption présidée par Robert BOUCHERY, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, la documentation française, Paris, 1993, p. 20

⁸³ Ibid, p. 69

*il doit reposer sur la confiance et donc sur l'intuitu personae*⁸⁴ ». Le rapport rappela qu' « *il ne saurait être question de remettre en cause le droit, pour une collectivité publique, de choisir la personne à laquelle elle juge utile de confier l'exécution d'un service public* », cependant il est temps d'avouer que ce choix discrétionnaire présentait dans la pratique de graves inconvénients auxquels il faut faire face. Ce pouvoir rend, non seulement sans objet tout contrôle de légalité des conditions dans lesquelles le service a été octroyé, en l'absence de toute règle de fond ou de procédure, mais aussi conduit les collectivités, et sous pression des grandes entreprises dominant les secteurs d'activité, à conclure des contrats économiquement déséquilibrés.

108. Le rapport, en se basant sur ceux de la cour des Comptes, contesta l'absence de transparence dans les rapports financiers entre la collectivité publique et son délégataire qui se manifestait par des transferts anormaux de charges au détriment des usagers et de la collectivité, et des avantages indus de trésoreries qui sont de nature à faciliter le détournement de l'argent public⁸⁵. D'où la nécessité pour la commission d'édicter de nouvelles règles visant à assurer et la transparence et la concurrence en matière des délégations de service public et ceci ne se réaliserait qu'à travers une obligation de publicité préalable et une mise en concurrence par appel d'offre assurant l'égal accès de tous les candidats, ainsi grâce à un débat et une délibération au sein de l'assemblée délibérante affirmant la participation accrue de cette dernière aux décisions de délégation. Et pour bien mener cette opération à terme, une instauration d'un véritable contrôle de légalité s'avère nécessaire. C'est pourquoi la commission proposa que « *l'ensemble des dispositifs de contrôle et de voies de recours applicables aux marchés publics soient étendus aux délégations de service public*⁸⁶ ».

109. La durée, pour sa part, a préoccupé pour une longue période la cour des comptes qui a déploré dans ses derniers rapports publics que les durées excessives des contrats ne font qu'assurer au délégataire « *une rente de situation*⁸⁷ ». De la même sorte, la durée a occupé aussi une place importante dans le travail de la commission qui a fini

⁸⁴ Ibid, p. 69

⁸⁵ Ibid, p. 70

⁸⁶ Ibid, p. 72

⁸⁷ Ibid, p. 71

par suggérer de définir les conditions du choix de la durée et du renouvellement des conventions de délégations. Pour la commission il n'était plus question de liberté absolue de la collectivité dans le choix de la durée du contrat : « *une limitation obligatoire de la durée des contrats* » devait être instaurée ainsi qu'une « *durée légale maximale déterminée d'après la nature de l'investissement à réaliser* »⁸⁸. Et parce que limiter la durée dans le contrat tout en laissant aux collectivités la liberté de reconduction, vide le principe de son sens, la commission a suggéré aussi interdire toute reconduction tacite des contrats et ne permettre les renouvellements que dans les mêmes conditions de forme que le contrat initial.

110. Il est vrai que le rapport BOUCHERY était le premier à traiter nettement le problème de la longue durée des contrats de délégation de service public en y essayant de trouver une solution efficace. Cependant le circuit de la réforme dans le champ des délégations de service public est parti un peu plus à l'avant : En effet, il s'agit de la loi du 3 janvier 1991⁸⁹ relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés qui a fait intervenir dans le code pénal un nouveau délit de corruption, le délit de favoritisme, visant les élus ou agents publics qui procurent ou tentent de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. De même il s'agit aussi de la loi du 6 février 1992⁹⁰, à qui revient le mérite d'officialiser la notion de délégation de service public, et qui, en soumettant ces conventions à des règles de publicité préalable et en permettant la saisine des juridictions financières pour avis, se place dans le cadre de la transparence et de l'amélioration de l'information des juridictions financières en vue de rendre plus efficaces leurs programmes de contrôle et d'investigation et ceci dans le simple but de lutter contre la corruption.

B- Une prise en considération louable du législateur

⁸⁸ Ibid, p. 72

⁸⁹ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JORF n° 4 du 5 janvier 1991, p. 236

⁹⁰ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n° 33 du 8 février 1992 p. 2064

111. Ledit rapport a connu une application immédiate. Le projet de loi *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* préparé pendant l'été avait repris un grand nombre des propositions de la commission présentes dans le rapport d'étapes, de même, les débats parlementaires étaient enrichis par les propositions du rapport final qui a été élaboré au moment où l'Assemblée nationale venait de finir la première lecture du projet. Ainsi, après un débat parlementaire posé (1) le principe de la durée déterminée est mis en scène (2).

1- Un débat parlementaire posé

112. C'est surtout avec les articles 27 et 28 du projet de loi n° 2918 *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* que les principes d'une bonne gestion du service public se sont manifestés.

L'article 27 de ce projet de loi visait à aligner les délégations de service public aux procédures appliquées aux marchés publics en les soumettant à un appel public de candidature. Cet article, adopté par la commission sans modification importante, a connu un intense débat au sein de l'assemblée du fait qu'il a pavé la voie à toute société, quelle que soit sa nationalité, de présenter sa candidature alors que cette stratégie était quasiment absente chez la majorité des pays européens ce qui risquerait de mettre les sociétés françaises dans une situation délicate⁹¹. Cependant le ministre de l'économie et des finances ainsi que le rapporteur ont défendu cet article en rappelant qu'il n'est plus temps d'un « *discours sur le protectionnisme* », c'est le temps d'une économie ouverte et la France s'est renforcée de son ouverture⁹². Pour les protecteurs⁹³, cet article visait aussi à emporter l'intérêt des collectivités et des usagers sur celui des entreprises, et il ne faut pas oublier que l'assemblée délibérante demeure souveraine dans ses choix donc la liberté d'administration ne sera jamais violée. Après avoir été soumis à un amendement de suppression⁹⁴ non abouti, l'Assemblée nationale a enfin adopté cet article après

⁹¹ DEBRE Jean-Louis, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3871

⁹² SAPIN Michel, ministre de l'économie et des finances, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992 p. 3842, spec. p. 3873

⁹³ DURAND Yves, rapporteur, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3874

⁹⁴ Amendement n° 217 présenté par Nicole CATALA, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3873

modification banale (suppression du mot « *notamment* »⁹⁵ et substitution au terme « *un cahier de charge* » le terme « *document* »⁹⁶). Contrairement à l'Assemblée, les opposants à cette stratégie qui dominaient le Sénat, ont pu supprimer, à deux reprises, cet article en refusant de traîner les délégations de service public sur le modèle des marchés publics en raison de leur originalité, et ont donc refusé d'ouvrir le marché intérieur à la concurrence étrangère tant que la réciproque n'est pas assurée. Mais, finalement l'Assemblée nationale qui avait le dernier mot, adopta l'article 27 dans sa lecture définitive.

113. De sa part, l'art 28 du projet de loi, devenu après l'art 40 de la loi, a évoqué la détermination de la durée des délégations de service public. Sur ce point aucune des deux chambres ne s'est objectée. Cependant elles se sont opposées à la question du calcul de cette durée. L'article disposait que la durée de la délégation de service public ne doit en aucun cas dépasser la durée normale d'amortissement. L'Assemblée adopta, lors de sa première et deuxième lecture cet alinéa alors que le Sénat l'a supprimé en le jugeant violant la liberté d'administration des collectivités. Malgré l'adoption de cette idée par l'Assemblée nationale, divers amendements ont été présentés pour, au moins, laisser à la collectivité la liberté de prolonger ses contrats de concession. Un amendement présenté par M. WILTZER sous le n° 162 consistait à accorder plus de souplesse à la collectivité en ajoutant après le 1^{er} alinéa de l'article 28 « *toutefois si des investissements ont été réalisés pendant le cours de contrat dans un but d'intérêt général, et que leur durée d'amortissement excède la durée de la convention en cause, le délégant peut, soit décider de reconduire le contrat pour la durée normale d'amortissement des installations nouvelles, soit décider d'indemniser le délégataire à l'expiration de la durée du contrat initialement prévue*⁹⁷ ». Quoique le rapporteur de la commission avoue que cette idée est séduisante, cet amendement n'a pas été retenu parce qu'il pourrait aboutir, selon lui, à tourner les dispositions du texte⁹⁸. Alors, bien que certains membres de

⁹⁵ Amendement n° 83 présenté par Yves DURAND, rapporteur, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3877

⁹⁶ Amendement n° 82 présenté par Yves DURAND, rapporteur, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3876

⁹⁷ WILTZER Pierre-André, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3879

⁹⁸ DURAND Yves, rapporteur, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3879

l'Assemblée nationale aient à l'esprit l'intention de garder une certaine liberté aux collectivités, la majorité de l'Assemblée considérait que la nécessité de prévenir à la corruption et les exigences de la transparence et de la mise en concurrence emportaient l'idée de la libre administration. M. TOUBON, par exemple, a présenté deux amendements⁹⁹. Il visait par le premier, n° 429, à garder à la collectivité la libre appréciation de la durée des délégations de service public après négociation avec son délégataire, et par le deuxième, n° 430, à supprimer l'alinéa qui interdit la prolongation, pour raison d'assurer la continuité du service en cas de survenance des situations d'innovations mettant en jeu les investissements. Il souhaitait, contrairement à la volonté du gouvernement, que les contrats de concessions puissent être prolongés et que la collectivité soit libre de décider de la durée après négociation avec son délégataire. Le député évoqua l'exemple de l'eau potable et comment cette notion a évolué et comment elle a été soumise à l'influence des directives, à l'intégration de nouveaux critères à respecter et qui ont augmenté le nombre de prestations demandées au délégataire au cours de l'exécution des contrats et parfois sans rémunération et que donc il est illogique de ne pas accorder une importance à tous ces efforts et aux investissements versés au profit du principe de publicité. Mais malgré la pertinence de cette remarque, et la possibilité de voir des cas pareils dans l'avenir, l'amendement n'a pas été adopté. En effet, le rapporteur s'est contenté de rassurer le député que les avenants sont toujours permis pour augmenter la rémunération ou prévoir une indemnisation à la fin du contrat à condition de ne le pas prolonger¹⁰⁰. Ainsi l'Assemblée était stricte sur ce sujet, quelles que soient les raisons, la prolongation est interdite en dehors des cas restrictifs évoqués dans l'article. Beaucoup d'autres amendements ont porté sur la même idée, mais tous n'ont pas été adoptés à ce stade.

114. Au niveau du Sénat, la commission a demandé la suppression de l'alinéa qui interdit la détermination d'une durée supérieure à la durée normale d'amortissement. Le rapporteur a considéré que l'article constitue une « *limitation du pouvoir de décision des collectivités locales [...] et non pas seulement des exécutifs puisque, comme le*

⁹⁹ Amendement n° 429 présenté par TOUBON Jacques, et Amendement n° 430, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3879

¹⁰⁰ DURAND Yves, rapporteur, *JOAN*, débats parlementaires, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3879

prévoit le texte, les assemblées délibérantes auront à en connaître »¹⁰¹. L'amendement, n° 148, a été retenu. M. CABANA avait présenté une remarque importante mais qui était restée sans influence. Il observa que l'investissement à réaliser apparaît comme le critère fondamental pris en compte par le gouvernement et la commission pour la détermination de la durée, il attira donc l'attention sur l'importance de la considération de la continuité du personnel comme un autre paramètre à prendre en compte en matière de durée¹⁰².

La commission a ainsi approuvé le principe de limitation de la durée mais s'est opposée au fait de fixer précisément une durée maximale à partir de la durée normale d'amortissement. Elle considérait qu'un tel principe restreindrait la liberté des collectivités de négocier les contrats dans le cadre du principe de la liberté d'administration, puisqu'il ne s'agit pas ici pour l'Etat de conseiller des durées pour les différents types de délégations de service public mais bien d'en imposer. Or la durée d'une convention n'est pas sans incidence sur d'autres éléments du contrat, la fixation des tarifs surtout. Cet alinéa, supprimé par le Sénat a été repris lors de la lecture définitive du projet de loi par l'Assemblée nationale.

115. Concernant la question de reconduction du contrat, le projet de loi entendait interdire absolument toute clause de reconduction tacite et expresse. Abstraction faite de l'amendement présenté à l'Assemblée nationale dans sa première lecture par Mme. CATALA¹⁰³ qui a considéré cette disposition comme choquante et a demandé par la suite sa suppression pour ne pas déstabiliser les conventions en cours, aucun débat n'a été enregistré sur l'interdiction de reconduction tacite : les deux chambres ont adopté les dispositions relatives à cette interdiction sans aucun problème. Cependant, pour la reconduction expresse, l'Assemblée nationale a approuvé l'interdiction d'une telle reconduction. Par contre, lors de la lecture du projet de loi devant le Sénat, la commission a relevé dans l'interdiction de prolongation et de l'interdiction de la reconduction expresse des graves difficultés pratiques. Elle considérait que l'interdiction de ces clauses est exigée par le principe de l'appel public des

¹⁰¹ BONNET Christian, rapporteur, *JOS*, débats parlementaires, séance du 3 décembre 1992, p. 3630, spec. p. 3633

¹⁰² CABANA Camille, *JOS*, débats parlementaires, séance du 3 décembre 1992, p. 3630, spec. p. 3633.

¹⁰³ Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, *JOAN*, débats parlementaires, p. 3842, spec. p.3878.

candidatures voulu par le législateur et non par le principe de transparence. Elle accusa le projet de loi de ne pas prendre en compte la nécessité qui apparaît parfois en cours du contrat de devoir réaliser des investissements importants dont la durée d'amortissement serait supérieure à celle restant à courir du contrat. La commission considérait que si dans une telle hypothèse la prolongation n'était pas possible, le délégataire n'aurait pour choix que d'augmenter le prix qu'il fait payer aux usagers, faute de pouvoir étaler dans le temps la charge d'investissement, ou encore d'indemniser le délégataire en fin de concession. La commission se demanda s'il est « *légitime que les usagers supportent une lourde augmentation du prix du service ? Par ailleurs s'il y a indemnisation en fin de concession, ne sera-t-elle pas probablement financée par le droit d'entrée à payer pour reprendre le service délégué ? Le montant de ce droit d'entrée ne risque-t-il pas alors d'atteindre un niveau élevé tel qu'il soit dissuasif pour les candidats éventuels à la reprise ? Que deviendrait alors la concurrence que veut instaurer le gouvernement ?* ¹⁰⁴ ». Le Sénat adopta de ce fait deux amendements : le premier supprimant le mot « *expresse* » de la reconduction et le second permettant la prolongation du contrat lorsque la bonne exécution impose la réalisation d'investissements non prévu initialement. Pourtant, lors de la discussion à l'Assemblée nationale en deuxième lecture, le gouvernement, par un amendement n° 95 ¹⁰⁵, propose de supprimer purement et simplement l'alinéa de l'article 28 sur les reconductions tacites et expresses. Cette suppression fut adoptée par l'Assemblée nationale, sans un seul mot de justification du gouvernement ou des parlementaires. Le Sénat, à son tour, approuva par la suite calmement cette suppression. Ainsi, les clauses de tacites reconductions n'ont pas été rétroactivement supprimées et, à défaut de cette suppression législative rétroactive, peuvent donc encore produire leurs effets.

Le b) de l'article 28 n'est apparu que lors de la deuxième lecture du projet devant l'Assemblée nationale. Il disposait que la délégation de service public peut être prolongée

¹⁰⁴ Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, présidée par Christian BONNET, JOS première session ordinaire de 1992-1993, p 91

¹⁰⁵ Amendement n° 95, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 17 décembre 1992, JOAN, débats parlementaires, p. 7376, spec. p. 7442.

« Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des travaux non prévus au contrat initial... ». L'Assemblée nationale a admis dans sa deuxième lecture que la délégation peut être prolongée pour une durée égale au tiers de la durée initiale, cette disposition a été également critiquée et supprimée par le Sénat qui, pour lui, n'aura pour effet que de « pénaliser les concessions de courte durée et avantager les concessions de longue durée¹⁰⁶ ». Cette disposition, pourtant adoptée à la lecture définitive, serait jugée comme inconstitutionnelle par le Conseil Constitutionnel. Sur la question de prolongation en particulier, on y reviendra plus tard en détail surtout que les amendements sur cet alinéa ne sont arrêtés avant 2010¹⁰⁷.

En bref, une observation de près montre que le Sénat était beaucoup plus conservateur que l'Assemblée nationale des axiomes de l'administration territoriale mais l'esprit de l'Assemblée finira par l'emporter.

2- La mise en scène du principe

116. Alors que la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat jugeait ce projet de loi comme « *symptomatique, jusqu'à la caricature, de l'inflation normative* ¹⁰⁸ » l'Assemblée nationale y avait au contraire marquée une preuve de bonne réception. Depuis, le projet de loi est entré en vigueur et continue à être exécuté avec plus ou moins de modifications qui l'ont accompagné au cours de ces années. Cette Loi Sapin, dont l'un des principaux objectifs était la lutte contre la corruption lors de la passation de marchés par des personnes publiques, visait à renforcer la transparence des procédures de passation et l'égalité d'accès des opérateurs à la commande publique. Elle a, entre autres, profondément renouvelé le cadre juridique des délégations de service public, en

¹⁰⁶ BONNET Christian, rapporteur, *JOS*, débats parlementaires, séance du 19 décembre 1992, p. 4416, spec. p. 4438

¹⁰⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *Portant engagement national pour l'environnement*, *JOFR* n° 0160 du 13 juillet 2010 p. 12905.

¹⁰⁸ Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, présidée par Christian BONNET, *JOS* première session ordinaire de 1992-1993, p. 8

prévoyant de nouvelles règles de passation, certes plus souples que celles applicables aux marchés publics, mais imposant des obligations de publicité et de mise en concurrence.

117. Ainsi l'article 40 (ancien article 28 du projet de loi) sur la durée des délégations de service public disposait au moment de l'entrée en vigueur de la Loi Sapin : *« 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. Une délégation de service ne peut être prolongée que :*

- a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ;*
- b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des travaux non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.]*

Si la délégation a été consentie par une personne publique autre que l'Etat, la prolongation mentionnée au a ou au b ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation. Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions. Les modalités d'application du présent article sont fixées, en tant que de besoin, par

décret en Conseil d'Etat »¹⁰⁹.

Paragraphe 2 : L'adoption constitutionnelle du principe au Liban

118. La notion de la durée déterminée est, textuellement, plus ancienne au Liban qu'en France. Alors qu'elle appartient aux années 90 en France, elle date au Liban de 1926, introduite dans la vie juridique libanaise avec l'instauration de la première, et la seule Constitution dans son article 89 de la section des finances du titre IV. Avant cette date, le législateur Français et, avant lui, l'Ottoman, ne s'étaient pas inquiétés de la question des durées des contrats administratifs en général et des contrats de délégation de service public en particulier bien que le système de concession ait été connu au Liban depuis très longtemps. En effet le rôle grandissant de Beyrouth depuis le XIX^{ème} siècle a obligé les pouvoirs Ottomans à accorder des concessions dans les domaines économiques¹¹⁰. La société d'autoroute Beyrouth Damas (1859), la société de l'eau de Beyrouth (1859), la société du tramway libanais et le port de Beyrouth en est le flagrant exemple (15 aout 1887). De même certaines législations sont survenues sur le sujet des concessions¹¹¹ mais rien n'a été dit sur la durée qui continuait à être considérée comme une clause complémentaire et non essentielle du contrat. Cette absence non intentionnelle et non planifiée (A) a pris fin lors de l'élaboration de la Constitution. Mais vu qu'aucune importance n'a été prêtée à ce sujet depuis le départ, la première et la seule insertion du principe dans le système libanais ne pouvait probablement pas être parfaite. Cette innovation était et demeurait inerte et lassait perplexe (B).

A- L'absence non planifiée du principe avant la Constitution

119. La durée d'un contrat de délégations de service public, n'a jamais été le souci du législateur, du délégataire, ou même du délégant au Liban. C'était une simple clause sur laquelle les deux parties de tout contrat administratif se mettent d'accord sans le moindre ennui. Cependant le mandat français, dont la légitimité trouve sa source dans

¹⁰⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993 p. 1588

¹¹⁰ AL HAJJAR Wissam, « l'application du contrat de BOT au Liban « Other name, same game » », op. cit., spec. p. 625

¹¹¹ *Loi des concessions Ottomans du 15 Joumada ath-thania 1328 (équivalent à 24/06/1910)*

la tâche d'habiliter le peuple libanais à gérer ses propres affaires¹¹², comportait l'obligation d'élaborer des lois pour moderniser la vie libanaise et élever le Liban au niveau des pays capables de s'autogouverner, surtout qu'en ce temps là le Liban ne possédait ni gouvernement, ni parlement, son seul organe élu était le conseil représentatif¹¹³ qui constituait une prolongation du conseil d'administration qui existait à l'époque des ottomans : conseil consultatif, dont la seule mission était d'aider ou de participer avec le gouverneur, choisi par le Haut-commissaire et de nationalité française¹¹⁴, à l'administration sans avoir le moindre droit de légiférer. Cette sérieuse tâche était réservée au Haut-commissaire à travers les arrêtés qu'il élaborait pour organiser la vie juridique des libanais. Même après la promulgation de la Constitution le 23 mai 1926 et la création d'un parlement élu par le peuple libanais, la situation n'a pas connu un vrai changement, « *Il [était] vrai qu'en ce temps, le rôle du parlement en matière législative était réduit à des questions mineures. Le véritable faiseur de loi était le Haut-commissaire qui légiférait, par voie d'arrêtés, immédiatement exécutoires, communs à tous les territoires sous Mandat*¹¹⁵ ».

120. En matière des concessions, la législation se matérialisait par l'arrêté n° 2511 du Haut-commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions*. Cet arrêté constituait une loi cadre sur les plus importantes concessions reconnues à l'époque, à savoir les concessions d'eau, d'électricité, et d'extraction des métaux au Liban et en Syrie. Dans son deuxième article, l'arrêté précisait les procédés d'octroi des concessions dans le Grand Liban et distinguait entre les concessions d'eau, d'électricité, et de métaux concernant des projets non liés à des intérêts publics et les mêmes concessions relatives à

¹¹² Article 22 du pacte de la société des nations : « Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission... » <http://mjp.univ-perp.fr/>

¹¹³ Arrêté n° 1307 du Haut-commissaire du 8 Mars 1922 relatif à *la détermination des compétences du gouverneur, et la création du conseil représentatif du Grand Liban et l'organisation de ses compétences*

¹¹⁴ L'article premier de l'arrêté n° 1307 du Haut-commissaire du 8 Mars 1922 relatif à *la détermination des compétences du gouverneur, et la création du conseil représentatif du Grand Liban et l'organisation de ses compétences*. Cet article ne dit rien sur la nationalité du gouverneur, mais pourtant tous les gouverneurs choisis étaient de la nationalité française.

¹¹⁵ RABBATH Edmond, *La constitution libanaise, origines, textes et commentaires*, publications de l'université libanaise, tome V, Beyrouth 1982, p. 397.

des projets relevant de l'intérêt public. L'article disposait que les premiers types de concessions sont octroyés par l'Etat dans lequel existent ces concessions, sans citer quelle est l'autorité responsable de cet acte, alors que les seconds sont octroyés par le gouvernement. Quant aux municipalités l'article avance que les concessions relatives à des intérêts publics locaux sont octroyées par la municipalité suite à une autorisation du gouvernement et suivies d'une authentification de ce dernier¹¹⁶. Cependant cet article, quoiqu'essentiel et fondamental dans ce domaine, était vague et incomplet. D'une part puisqu'il n'a pas précisé dans le premier cas l'organe qu'il visait par le mot Etat, et d'autre part, concernant le deuxième et le troisième cas, il faut le dire, qu'à cette époque il n'y avait pas de gouvernement propre à chaque Etat! Toutefois un examen minutieux des termes employés par le mandat français permettrait de discerner, plus ou moins, le sens voulu par les rédacteurs des textes, ne maîtrisant pas la langue arabe. Le terme « *Etat* » figurant dans les types de délégations ne relevant pas d'un service public, désigne selon le professeur CHOKR¹¹⁷ le Haut-commissaire en lui-même qui est le seul représentant officiel de l'Etat, le seul à avoir la possibilité et le droit de trancher le rapport d'un projet à un service public ou non et d'entamer par la suite une telle transaction à son propre gré. Quant à l'expression « *le gouvernement de l'Etat concerné* » elle pose plus de problème surtout que le pouvoir exécutif est entré dans la vie politique libanaise avec l'admission de la Constitution en 1926. Néanmoins l'explication la plus plausible veut que le gouverneur du Grand Liban soit la personne visée par ce texte vu qu'il était le seul à tenir ce rôle. Cependant la carence et l'ambiguïté qui ont accompagné cet article ont été partiellement clarifiées par l'arrêté du haut commissaire n° 145 du 11 juin 1925 relatif à *La création et l'exploitation des réseaux de transport de l'énergie électrique à haute tension*¹¹⁸, qui prévoit que la création de ces réseaux ne peut être établie que suite à des concessions octroyées par le chef de l'Etat après avoir mené une enquête suivie d'une déclaration que le projet en l'occurrence relève de l'intérêt public. Mais eu égard à la circonstance selon laquelle le Liban ne connaissait aussi pas la présence d'un président, le terme chef d'Etat doit revenir surement au gouverneur français délégué par le Haut-

¹¹⁶ Article 2 de l'arrêté n° 2511 du haut commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions*, JO n° 1756 du 15 avril 1924

¹¹⁷ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 15/02/2013

¹¹⁸ Arrêté n° 145 du haut commissaire du 11 juin 1925 relatif à *La création et l'exploitation des réseaux de transport de l'énergie électrique à haute tension*, JO n° 1885 du 14 juillet 1925

commissaire pour le représenter au Liban, étant donné que ce dernier avait la tâche de la surveillance du mandat non seulement au Liban mais aussi en Syrie. Et le dernier article de cet arrêté¹¹⁹ appuie ce point de vue en citant les personnes responsables de son application. Il s'agissait du chef de l'Etat syrien et le gouverneur du Grand Liban ce qui veut dire que le terme « *chef d'Etat* » employé à l'article premier est un terme voulu général pour symboliser à la fois le haut responsable de la politique en Syrie et au Liban.

121. En revanche, et quelle que soit la personne responsable d'octroyer la concession, cette opération n'était pas aussi libre qu'elle le paraissait. En effet, l'article 3 de l'arrêté n° 2511 affirmait que tout projet de concession, local ou national, devait être transmis au haut commissaire et que qu'aucune concession ne serait valable qu'après son accord. Donc, en bref, il lui appartenait, directement ou indirectement à travers le gouverneur, de trancher sur la qualification des services publics et leurs modes de gestion.

122. En revanche, aucun de ces deux arrêtés, consacrés aux concessions des services publics dans le temps du mandat français au Liban, ne montre la position des dirigeants concernant la durée et sa détermination dans des conventions de délégations de service public. Ce qui était clair, c'est que le législateur ne voulait pas traiter cette question dans une loi cadre sur les concessions, mais préférait de laisser le soin de sa fixation proprement à chaque contrat ultérieur. Et à cette époque, le Liban a connu certaines concessions du tramway, de l'électricité, du gaz et l'éclairage de Beyrouth qui ont été établies en vertu de la décision du Haut-commissaire n° 2642 du 3 juin 1924¹²⁰. Mais aucun document ne reflète la façon dont la durée des contrats serait choisie. La seule réalité à révéler c'est que la solution adoptée par les autorités françaises dans le domaine des concessions au Liban n'était pas systématiquement différente des situations adoptées, à l'époque, en France à savoir, l'octroi de contrats de concessions de longue durée, renouvelés, reconduits, prolongés, sans l'inconvénient d'une procédure de mise en concurrence.

¹¹⁹ Article 8 de l'arrêté n° 145 du haut commissaire du 11 juin 1925 relatif à *La création et l'exploitation des réseaux de transport de l'énergie électrique à haute tension*, JO n° 1885 du 14 juillet 1925

¹²⁰ Décision du Haut-commissaire n° 2642 du 3 juin 1924, *Recueil des décisions du haut-commissaire français*, n° 5, 1924, p. 209

123. Par ailleurs, et à vrai dire, ces deux arrêtés avaient le bénéfice de témoigner d'une plus grande courtoisie dans les détails apportés aux concessions par comparaison à la situation législative postérieure à la Constitution au Liban. L'arrêté n° 2511 dévoile la technique d'octroi des concessions et stipule dans son avant dernier article qu'elles étaient données en principe suivant une adjudication ou bien suite à une compétition et à la rigueur différemment¹²¹. La Loi sur les concessions avait donc placé clairement l'adjudication comme première option alors que les contrats de gré à gré ne figuraient qu'exceptionnellement sous le terme «*différemment*». L'importance de cet arrêté tient au fait qu'il a pensé à classer les méthodes d'octroi des concessions, ce que aucun des textes qui sont venus après n'ont pris le soin de le faire. Et même si l'histoire des concessions au Liban n'a connu que des contrats qui se faisaient toujours de gré à gré et même si la pratique n'a révélé aucune sortie du champ exclusif des contrats de gré à gré, même au moment où cette loi était encore en vigueur, cet arrêté mérite de lui rendre hommage à la hauteur du grand progrès qu'il a entamé et qui n'a jamais été suivi. De même cet arrêté favorisait une bonne gestion du service public local en autorisant expressément aux collectivités publiques (municipalités) de conclure des concessions sous l'approbation du gouvernement alors que le décret-loi actuel sur les municipalités¹²², en passant sur leurs compétences, a omis de traiter la question des délégations de service publics locaux ce qui place les collectivités dans l'impossibilité de conclure de tels contrats, et ce qui les prive par la suite de la participation à la gestion, pour ne pas dire de leur propre droit de gérer les services publics locaux, et de décider librement de leurs moyens de gestion. Sur ce point, une interprétation large de l'article 50 du décret-loi peut montrer une autorisation de passation de certains contrats de DSP dans des domaines limités dans l'article lui-même¹²³. En effet cet article concerne la possibilité de la collectivité de participer à la création, à la gestion directe ou indirecte ou à l'exécution de certains projets tels les hôpitaux, les musées, les transports publics. Pourtant le décret-loi ne présente aucune information sur les procédures relatives à la passation de ces contrats.

124. Pour sa part, l'arrêté n° 145 se caractérisait par la rigueur et la rigidité

¹²¹ Article 3 de l'arrêté n° 2511 du haut commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions*, JO n° 1756 du 15 avril 1924

¹²² Décret-loi n° 118 du 30 juin 1977 relatif à *la Loi des municipalités*, JO n° 20 du 7 juillet 1977

¹²³ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif, tome 1, op. cit.*, p. 417.

concernant surtout le principe de risque et de péril qui incombe strictement à la charge du concessionnaire. En effet, l'article dernier de l'arrêté ¹²⁴ affirme clairement que l'indemnisation des préjudices causés par l'instauration et l'exploitation du service public incombe en sa totalité à la charge délégataire qui serait le seul responsable de tout résultat offensif envers les usagers et l'Administration. Sans nier que cet article, dur qu'il soit, ne causait aucune crainte de perte assumée par les délégataires qui trouvaient dans la possibilité de reconduction, et de prolongation un remède efficace à toute perte ou crise éventuelle.

B- L'innovation inerte et perplexe du principe accompagnant l'élaboration de la Constitution

125. L'introduction de l'article 89 dans la Constitution n'était, à la fois, ni attendue ni souhaitée ni même discutée et ceci à cause de l'ignorance de l'importance et de la gravité du concept qu'il venait d'instaurer : la durée déterminée des contrats de concession. Cette ignorance et cette indolence ont assuré, volontairement ou non, une constance au corps de l'article (1), une persistance tout le long des années qui n'ont conduit à aucune modification ou même tentative de modification malgré l'inconstance de son contenu (2) et l'insatisfaction sur sa formulation en raison des défaillances linguistiques qui ont accompagné la traduction du texte original rédigé en langue française.

1- La constance du corps de l'article 89 depuis sa rédaction

126. La première et la seule ¹²⁵ Constitution au Liban datant de 1926, est jugée, après la chute de la constitution perse de 1906, la plus ancienne constitution des pays du Moyen-Orient ¹²⁶. Elle a été adoptée le 23 mai 1926 durant le mandat français. Le mystère de son élaboration demeure, jusqu'à nos jours, irrésolu. C'est pourquoi il importe avant

¹²⁴ Article 6 de l'arrêté n° 145 du haut commissaire du 11 juin 1925 relatif à *La création et l'exploitation des réseaux de transport de l'énergie électrique à haute tension*, JO n° 1885 du 14 juillet 1925

¹²⁵ Sur le concept de la seule Constitution : la Constitution libanaise de 1926 a connu 2 grands amendements, l'un en 1943 arrangeant l'indépendance et l'autre en 1990 suite à la fin de la guerre civile, ce qui a conduit un grand nombre de juristes, entre autres le président Joseph CHAOUL, à dire qu'on est aujourd'hui sous le règne de la Constitution de la troisième République.

¹²⁶ CHOKR Zouhair, *Traité du droit constitutionnel libanais, la naissance et l'évolution du régime politique et constitutionnel, les autorités constitutionnelles*, Tome I, sans éditeur, 2006, p. 145

tout de présenter certaines réalités sur l'élaboration de la Constitution (a) avant d'étudier la stabilité de l'article 89 (b).

a- Des réalités sur l'élaboration de la Constitution

127. La question de l'élaboration de la Constitution libanaise reste une énigme préoccupant tous les juristes constitutionnels au Liban. Qui était son vrai émetteur à qui revient l'œuvre de sa création ? Sont-ils les libanais représentés par le comité délégué du conseil représentatif libanais, ou bien la commission française chargée d'élaborer le statut organique du Liban ? Cette question demeure un point conflictuel entre les juristes qui divergent jusqu'aujourd'hui sur l'identité des vrais rédacteurs de la Constitution. La charte du mandat, dans son premier article, avait imposé aux autorités françaises d'élaborer, dans un délai de 3 ans à dater de l'entrée en application dudit mandat, un statut principal du Liban, avec la participation des autorités indigènes du pays¹²⁷. Mais aucun document n'a été laissé sur ce sujet pour savoir si les autorités françaises ont tenu leur promesse ou non. Ce qui est certain est qu'un comité du conseil représentatif a été délégué pour cette tâche de même que le ministère des affaires étrangères français avait créé un comité français _ le comité « Paul-Boncour »_ pour la même raison. Et ce qui est certain aussi est que les autorités françaises voulaient se réserver le droit de mettre en vigueur la Constitution¹²⁸ en alléguant que la charte du mandat le leur permet et en prétendant que l'expression « *les autorités locales* » ne veut pas dire le conseil représentatif mais l'ensemble des responsables et des entreprises et ceci se réalise à travers un questionnaire qui leur serait adressé. Jusqu'ici s'arrêtent les réalités agréées par tous les juristes et débutent les suppositions. Pour les uns, la Constitution est la seule œuvre du comité libanais formé de 12 membres délégués du conseil représentatif. Cependant aucune mention n'a été trouvée dans les comptes rendus du conseil représentatif sur le travail de ce comité pour révéler la vraie proportion de sa participation à l'élaboration de la Constitution, la seule vérité approuvée est que le comité a démarré sa mission par une consultation des responsables politiques libanais sur le sujet de la

¹²⁷ Ibid, p. 156

¹²⁸ Ibid, p. 157

constitution¹²⁹. Pour les autres, la Constitution libanaise n'est qu'une sorte de prime accordée au peuple libanais par le mandat français en raison de l'absence de protestation sur la politique française entamée dans la région contrairement à ce qui s'est passé en Syrie où une révolution s'est déclenchée en 1925 et qui était la raison principale derrière l'ajournement de la naissance de sa Constitution jusqu'à 1930. Ainsi le projet final de la Constitution a été présenté en dernier lieu au comité libanais, rien que pour l'approuver. Mais même pour ces derniers il revenait de savoir lequel des organismes français impliqués avait fondé la Constitution. Dr. Edmond RABBATH comme d'autres juristes, avait pensé que c'était le comité Paul-Boncour qui l'avait fait¹³⁰ mais après avoir consulté des documents publiés par le ministère des affaires étrangères en 1974¹³¹ et après une rencontre avec le secrétaire du Haut-commissaire, Jean-Louis AUJOL, il s'est certifié que la Constitution était l'œuvre de Paul SOUCHIER membre du Conseil d'Etat en collaboration avec le Doyen Léon DUGUIT¹³². La mauvaise rédaction de la version arabe de la Constitution et l'ensemble innombrable des fautes linguistiques qu'elle contenait favorise l'hypothèse selon laquelle le projet de la Constitution serait d'origine française.

128. Cependant même les personnes les plus attachées à la libanisation de la Constitution ne nient pas que les rédacteurs fussent inspirés, orientés par le mandat français qui n'aurait jamais accepté une Constitution révolutionnaire, appelant à l'indépendance et qui aurait porté atteinte à ses intérêts au Liban. Ainsi quel que soit le rédacteur de la Constitution libanaise, cette dernière était rédigée selon les aspirations du mandat français.

b- La stabilité de l'article 89

129. La Constitution libanaise comprend 102 articles répartis sous 6 titres. Ce nombre n'a connu ni une augmentation ni diminution depuis l'élaboration de celle-ci. Par ailleurs, la compétence législative du parlement dans le domaine monétaire a occupé le constituant qui a réservé la deuxième section du titre IV intitulé « *dispositions diverses* » aux finances. En faisant le tour des articles 81 à 89 on remarque qu'il avait strictement

¹²⁹ Ibid, p. 166

¹³⁰ Ibid, p. 160

¹³¹ RABBATH Edmond, *La constitution libanaise, origines, textes et commentaires*, op. cit., pp. 14-15

¹³² Ibid, p. 42

réservé la compétence financière au seul parlement. Premièrement, Les impôts ne peuvent être relevés, modifiés ou supprimés que par le biais d'une loi qui s'applique également sur tout le territoire libanais. Deuxièmement le sujet du budget et toutes les ouvertures de crédits qui l'accompagnent sont strictement réservés au seul législateur. Ensuite aucun emprunt public ne peut être contracté qu'en vertu d'une loi. Et finalement l'article 89, dernier article de cette section dispose qu' « *Aucune concession ayant pour objet l'exploitation d'une richesse naturelle du pays ou un service d'utilité publique, ni aucun monopole ne pourront être accordés qu'en vertu d'une loi et pour un temps limité* ».

130. Pour Edmond RABBATH, cette section représente « *un apport inédit dans la Constitution libanaise, du moins pour ce qui concerne les clauses dont l'origine ne se retrouve guère dans les constitutions modernes, du fait qu'elles placent délibérément_ et par la voie de la constitutionnalisation_ sous l'empire de la légalité, nombre de règles relevant, en d'autres pays, de la législation financière ordinaire. Ce n'est pas un mince mérite de la part des constituants de 1926 d'avoir pris la précaution de les inscrire dans la Constitution, en leur conférant ainsi une valeur intangible* »¹³³.

131. Et concernant le sujet spécifique des concessions, le constituant ne pouvait plus clairement manifester son intention de réserver et d'attribuer au seul parlement le monopole de la conclusion des délégations de service public. Cette idée fondamentale est suivie d'une idée qui ne manque pas moins d'importance et qui est la durée déterminée des concessions et la fixation législative de celle-ci. Ces deux principes ont été, à bon escient, érigés par les constituants de 1926 en règle constitutionnelle. Et cette constitutionnalisation n'était pas pour rien mais elle était au contraire voulue et décidée pour manifester l'intention du législateur libanais à cristalliser le principe du contrôle législatif sur toute opération de concession et à donner plus de valeur et de stabilité à la théorie d'octroi de concession.

132. Pourtant, cet article important et essentiel est vague et insuffisant pour régler à lui seul le champ des délégations de service public. Et cependant, il n'a jamais

¹³³ Ibid, p. 512

été sujet à modification, et malgré les diverses tentations de modification de la Constitution, et même la modification radicale qui a eu lieu en 1990, cet article était absent dans toutes les discussions politiques et juridiques. Toutefois, et pour ne pas faire supporter à ce principe le vice de la stagnation et du manque de progrès, il faut noter que la quasi-totalité des articles de la Constitution ont reconnu le même sort depuis leur première rédaction. En effet, cette Constitution appliquée depuis plus de 85 ans n'a été soumise qu'à des modifications superficielles, limitées, insatisfaisantes qui ne lui ont pas permis d'accéder aux mutations politiques et sociales survenu auprès de la société libanaise. La raison de cette impasse était souvent liée à l'absence d'accord politique ou bien à la nécessité d'ajourner les projets de modification pour garantir la stabilité politique et sécuritaire dans le pays. Les libanais craignent toujours toute proposition de modification, qu'elle soit importante ou banale, de crainte de paver la voie à des réelles propositions de modification du système politique sur lequel est fondé l'Etat libanais. À citer que la seule modification radicale est celle de 1990 à qui revient le mérite de l'ajout du préambule de la Constitution et de la transformation fondamentale dans la structure des autorités constitutionnelles et de leurs compétences, mais celle-ci n'a été imposée que dans des situations graves et exceptionnelles à savoir une guerre civile de 15 ans !

2- L'inconstance du contenu de l'article depuis sa rédaction

133. En admettant que le projet de la Constitution a été préparé en premier lieu par le conseiller juridique du haut-commissaire Paul SOUCHIER et traduit par la suite en langue arabe par certains membres du comité du statut principal émanant du conseil représentatif libanais, ces derniers n'ont pas montré, malheureusement, le soin de lui assurer une sérieuse correction juridique et linguistique, ni à l'adoption d'un lexique juridique unifié pour tous les articles, ce qui a fait que la Constitution libanaise, en sa version arabe, comprend certaines expressions bien loin du sens visé dans leurs textes d'origine. Il s'agit parfois de l'ajout de nouveaux termes non présents dans le texte d'origine, ou même dans l'adoption des termes différents dans leurs significations des termes originels, C'est pourquoi il serait indispensable de revenir à chaque fois que la question d'interprétation d'un article de la Constitution se pose, au texte français pour éviter tout lapsus ainsi que pour présenter une interprétation crédible et sincère. L'article

89 est l'un parmi les dizaines d'articles qui sont sujets à caution. Son texte français dispose : « *Aucune concession ayant pour objet l'exploitation d'une richesse naturelle du pays ou un service d'utilité publique, ni aucun monopole ne pourront être accordés qu'en vertu d'une loi et pour un temps limité.* »

134. En laissant de part la question des monopoles qui ne relève pas de notre sujet d'étude, le texte français ne parle que de concession. Cependant, le texte libanais y ajoute une autre expression qui se prononce phonétiquement « *Iltizam* », traduction littéraire du terme « *engagement* », mais qui peut avoir juridiquement différents synonymes. On ne dévoile pas un secret en disant que les différentes interprétations qui peuvent être données à ce terme aboutiront nécessairement à des distincts résultats concernant les délégations de service public et leurs durées. Avant de présenter les interprétations toujours en vigueur, il importe d'avancer une interprétation qui n'a pas trop duré et a été retirée de la scène du débat. Il s'agit de l'interprétation qui aligne la notion « *iltizam* » à la notion de marchés publics. Mais la survenue de la loi sur la comptabilité publique en 1963¹³⁴ a dénié cette possibilité en réglementant ces contrats¹³⁵.

De ce fait, cet article se qualifie d'une ambiguïté incontestable. Diverses théories d'interprétation peuvent venir à l'esprit pour l'interpréter. La plus simple veut que ce terme ajouté à la version libanaise soit nul et de nul effet. Et que le terme engagement soit synonyme ici de concession et ne constitue qu'une reprise ou une confirmation de la même notion¹³⁶. Cette première thèse pourrait revendiquer en sa faveur le texte français de l'article, dans ce cas, on peut dire que le constituant libanais aurait respecté astucieusement le contenu du texte français. Mais cette interprétation, au demeurant parfaitement conforme à la lettre de la disposition constitutionnelle originelle, se heurte à la question de savoir quel serait dans ce cas l'apport ou l'intérêt de ce mot additionnel. Les adversaires de cette théorie l'accusent d'être figée dans le temps et estiment que si le constituant de 1926 n'avait mentionné que le terme concession dans l'article 89 ce n'était que parce que la majorité pour ne pas dire la totalité de contrats de délégations de service

¹³⁴ Décret n° 14969 du 30 décembre 1963 relatif à *la loi de la comptabilité publique*, JO n° 104 du 30 décembre 1963

¹³⁵ JABER Walid, juge au CE libanais et dr. en droit administratif, entretien du 09/07/2012

¹³⁶ SOLH Thouraya, *Les limites étendu de l'article 89 de la Constitution libanaise*, mémoire, Institut des études judiciaires, Beyrouth, 2004, p. 8

public était des contrats de concessions. L'Etat Libanais en cours de formation n'a quasiment pas reconnu les autres types de délégations de service public. Ceci était logique en raison du besoin de l'Etat en cours de construction de l'établissement des installations dans le domaine de l'eau de l'électricité et qui ne pourront être assurées que par le biais des contrats de concessions... Cependant les défenseurs de cette théorie s'attachent à l'idée que cet article n'a jamais été modifié ce qui veut dire, pour eux, que le législateur libanais n'a jamais voulu donner à cette notion une interprétation plus large que celle existante à l'an 1926. Mais ceux-ci se font oublier la difficulté pratique de modifier la Constitution au Liban et surtout la difficulté de se mettre d'accord politiquement sur la modification et les chantages qui accompagnent toute opération de ce genre ce qui fait que les juristes préfèrent adapter les interprétations au lieu de se faire attendre une modification conditionnée et permanente. Une seconde interprétation jugée plus approfondie donne à cette expression la signification du mot « affermage », qui n'a jamais connu une définition satisfaisante, unifiée¹³⁷ par la doctrine libanaise, et comme ça l'article aurait englobé les deux grandes divisions du contrat de délégation de service public, en considérant que l'interprétation stricte (la première interprétation) donnée au terme « Iltizam » était peut être acceptée au temps de la promulgation de la Constitution où la quasi totalité des contrats de délégation étaient des contrats de concession mais ne peut plus l'être aujourd'hui. Pourtant cette interprétation, ouverte qu'elle soit par rapport à la première, reste insatisfaisante à la pratique actuelle des délégations de service public qui s'est élargie au delà des contrats de concessions et d'affermage, c'est pourquoi la troisième interprétation voulait comprendre par le terme « *Iltizam* » le terme « *délégation de service public* » en sa généralité, dans l'ambition d'une part, de bloquer la route à toute tentative d'application de cet article aux autres types de contrats publics (occupation du domaine public, travaux publics,...) et en même temps d'assurer son application à tous les contrats de délégation de service public¹³⁸ et d'autre part pour essayer de créer une sorte de législation commune aux contrats de délégation de service public et inciter le législateur à s'avancer dans la même direction. Cette interprétation constitue la plus

¹³⁷ Chaque manuel de droit administratif donne une nomination différente du terme affermage, parmi ces termes existe le terme « *iltizam* » qui comme on a dit comprend lui aussi divers significations et peut même englober tout le domaine des DSP.

¹³⁸ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012 ; JABER Walid, juge au CE libanais et dr. en droit administratif, entretien du 09/07/2012

récente et qui va de soi avec le développement des contrats de délégation de service public et permet une adaptation des articles de la Constitution avec l'avancement de la vie politique et juridique. À noter en passant que le terme même de « *concession* » suscitait une ambiguïté qui n'a été résolue que récemment. Bien que l'article fût rédigé dans le cadre de la gestion privée des services publics, il n'a pas précisé si le terme « *concession* » pourrait regrouper les concessions de travaux publics. Alors qu'une partie de la doctrine¹³⁹ considère que ce terme ne concerne que les concessions de service public, un certain nombre d'auteurs¹⁴⁰ pensaient que ce texte s'applique aussi bien aux concessions de travaux publics qu'aux concessions de service public. Dans une décision relativement récente¹⁴¹ le Conseil d'Etat met fin à cette polémique en jugeant que cet article ne s'applique qu'aux concessions de service public. Une décision qui a largement été critiquée.

135. À notre avis, le terme concession ne relevait pas seulement de la situation des contrats reconnus à l'époque au Liban, mais aussi de l'histoire des contrats de délégation de service public en France, qui ne connaissaient, en 1926, également que les contrats de concession dans la mesure où le premier texte officiel propre aux contrats d'affermage était le décret du 17 mars 1980 qui visait pour la première fois l'application du cahier des charges type pour l'exploitation en affermage d'un service de distribution d'eau. De même, C'est seulement dans son arrêt de 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt* que le Conseil d'Etat a reconnu, pour la première fois, expressément le contrat d'affermage: « *Considérant qu'aux termes de l'article L 322-2 du Code des communes, dans sa rédaction en vigueur à la date de la décision attaquée, « Dans un délai d'un an à compter de la publication des cahiers des charges types (...) les contrats de concession (...) en vigueur sont révisés lorsque les conditions de l'exploitation en cours s'avèrent plus onéreuses ou plus désavantageuses pour les collectivités ou les usagers que celles résultant des dispositions prévues à ces cahiers des charges types (...)» ; que ces dispositions sont applicables aux contrats d'affermage* ». Et ce n'est qu'en 1988 que

¹³⁹ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

¹⁴⁰ FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, Al Dar Al Masriya, 1^{ère} édition, 1969, p. 470 ; ABOU RJEILY Khalil Saïid, « Les contrats administratifs au Liban », *RJA*, n° 9, 1996, p. 7 ; SOLH Thouraya, *Les limites étendu de l'article 89 de la Constitution libanaise*, mémoire, Institut des études judiciaires, Beyrouth, 2004, p. 23

¹⁴¹ CE Lib., du 9 mai 1996, *maire de Jeita/l'Etat*, non publié

les caractéristiques de l'affermage sont aussi précisées et ceci dans les arrêts de CE 18 mars 1988 *Loupias c/ commune de Montreuil- Bellay* et CE 10 janvier 1992 *Association des usagers de l'eau de Peyrelau*. Ainsi c'est parce que le régime français ne reconnaissait que les contrats de concession que ce terme a solitairement figuré à l'article 89 et l'on estime que si les autres contrats de délégation de service public avaient été présents, le législateur français et après lui le traducteur libanais auraient certainement dû l'insérer d'une façon plus claire au sein de l'article. Et pour que cet article ne soit pas figé à l'époque de sa création et pour pouvoir suivre le progrès de la société libanaise il doit être interprété d'une façon qui simule l'actualité et qui englobe tous les contrats de délégation de service public et même pourquoi pas ne pas aller encore plus loin et dire tous les contrats de gestion, de transfert de gestion dont l'accomplissement nécessite la privation de la personne publique de son total contrôle sur le service pour un certain moment qui s'étend ou se raccourcit.

136. Et pour comparer finalement avec la situation qui existait avant la Constitution, l'octroi des délégations de service public était mieux organisé même si la constitutionnalisation de ce principe lui a donné plus de rigidité et de garanties. La constitutionnalisation était un atout mais le problème réside dans l'ambiguïté des termes qui ont conduit à vider le texte de son sens. Alors que l'on s'attendait à une modernisation, clarification, développement, le constituant s'était limité à résumer la théorie des délégations de service public en un seul article sans susciter le législateur à en aller plus loin et a laissé au contraire la place à des conflits d'interprétation. Rien n'est sûr, rien n'est clair, sauf les multiples interrogations qui persistent : Qu'est ce que le constituant voulait dire par le terme concession ? Visait-il ce type précis de contrat ou bien symbolisait-il par ce terme l'ensemble des délégations de service public ? Voulait-il mettre en relief exclusivement ce contrat ou bien était-ce seulement une ignorance à l'époque des autres contrats ? Mais pourquoi viser l'un sans l'autre dès lors que l'on reste sous le même principe : confier la gestion d'un service public à une autre personne que la personne publique. Ce terme de concession pourrait-il être ouvert aux nouvelles découvertes dans ce domaine, tels certains contrats de BOT¹⁴² ? Et sur quelle base

¹⁴² Sigle anglais signifiant Build, Operate et Transfert (Construction, Exploitation et Transfert)

interpréter cet article ? Interprétation stricte ou malléable ? Que doit-on comprendre par le terme « *en vertu d'une loi* » ? Exige-t-on une loi d'autorisation ou bien une loi d'authentification ultérieure à la signature du contrat ? Ou bien les deux ? Demande-t-on une loi cadre pour toute délégation ou bien une loi précise pour chaque délégation même si elles sont du même type ?

Section II : L'influence extrinsèque de la détermination

137. La loi du 29 janvier 1993 est venue mettre en place un système destiné à moraliser la vie économique-politique des personnes morales de droit public. Elle a le mérite de dresser un cadre régissant les conventions de délégations de service public. Cependant pour retenir certains principes (paragraphe 1) et doter certains d'eux d'une valeur constitutionnelle, la loi a dû, ou fait semblant, sacrifier un grand nombre de principes (paragraphe 2) qui ont hanté historiquement l'évolution de l'Administration publique. Ainsi pour faire triompher la transparence et la lutte contre la corruption qui se mêle à la vie contractuelle, le législateur a dû réduire au minimum la liberté contractuelle et la libre administration dont jouissaient les collectivités locales auparavant. Les débats parlementaires entre protecteurs et protestants ont illustré nettement ce conflit de principes.

Paragraphe 1 : Les principes retenus par la détermination

138. Concernant les principes transportés par la Loi Sapin, Il s'agit de l'ensemble des principes qui se regroupent sous le champ de la transparence et de la lutte contre la corruption comme le montre évidemment le titre de la loi. Ces principes, sont en gros des principes reconnus, sous une forme préliminaire, dans le domaine des marchés publics. La Loi Sapin s'est attachée à la tâche de moderniser ces principes et de privilégier des autres pour les appliquer aux conventions de délégation de service public. L'idée était de conserver ce dualisme et jamais d'uniformiser les deux champs. Ainsi le système des marchés publics ne serait usé que comme un modèle inspirant le nouveau régime juridique propre aux délégations de service public. C'est pourquoi, il s'agit tantôt de l'adaptation des principes propres des marchés publics aux contrats de délégation de service public, lorsque la spécificité de ces contrats le permet, aboutissant ainsi à des

principes communs (A) et tantôt de la consécration des principes propres aux délégations de service public (B).

A- Des principes communs avec le droit des marchés publics

139. Le succès du droit des marchés publics, sur le plan de l'organisation et de la prévention de la corruption lui a permis d'étendre ses principes aux contrats de délégation de service public. « *Certes, il n'est pas question d'assimilation pure et simple. Mais des règles applicables aux marchés publics, inventées pour eux, sont aujourd'hui considérées comme suffisamment opportunes pour être transposées à d'autres contrats publics, servant ainsi de référence, de modèle* »¹⁴³. Il s'agit surtout de la transparence et la lutte contre la corruption (1) ainsi que de l'égalité et la concurrence (2)

1- La transparence et la lutte contre la corruption

140. « *La transparence est l'antidote au secret à l'origine des abus* »¹⁴⁴. Cette transparence, selon M. François LLORENS « *était [...] pratiquée et recherchée sans être expressément nommée* »¹⁴⁵. Ainsi ce vocable n'est apparu et ne s'est doté d'un statut spécifique qu'avec les années 1990. Il était au cœur du dispositif que le législateur cherchait à mettre en place par la Loi Sapin. Et c'est à partir de ce principe primordial que dérivait tout l'ensemble des principes que la loi anti-corruption prévalait. Selon le législateur, le défaut de transparence, affectant le contenu de la délégation, était responsable des pratiques condamnables, discriminatoires à l'égard des opérateurs économiques, nuisibles aux intérêts de la collectivité, facilitant la corruption.

141. « *Un postulat semble solidement admis : en matière de délégations de service public, la morale est absente si la transparence n'est pas assurée ; la morale progresse lorsque progresse la transparence ; la violation des règles de transparence est*

¹⁴³ GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *AJDA*, 20 mars 1993 p. 186, spec. p. 187.

¹⁴⁴ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 22

¹⁴⁵ LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics » *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2004, Chronique, p. 4

une violation de la morale »¹⁴⁶. Dans cette mesure, si la transparence ne représente pas une fin en soi, « *elle est le moyen de parvenir à la moralisation, laquelle peut être traitée comme une fin en soi* »¹⁴⁷.

142. Nonobstant le fait que les nouvelles dispositions sur les délégations de service public s'affichent en leur totalité sous le grand titre de la transparence, la consécration de ce principe se matérialise principalement dans les articles 38 et 39 imposant une obligation préalable de publicité avant la conclusion du contrat. Ce qui fait que la publicité préalable constitue la première modalité de la transparence¹⁴⁸. Elle n'est plus une simple faculté mais une obligation législative. Cette publicité aura le bienfait d'informer, de porter à la connaissance du public et des intéressés, et à même pied d'égalité, l'intention de la collectivité de l'ouverture d'une procédure de conclusion d'un contrat de délégation de service public. « *La publicité est un élément de la démocratie administrative* »¹⁴⁹. Pourtant cette publication est strictement interne. La consécration de la transparence se poursuit dans les articles 42, 46, 49 et 50 soumettant respectivement, le principe de la délégation à la délibération des assemblées délibérantes, les conventions en plus de certains documents dont la liste est fixée par un décret du Conseil d'Etat à la transmission au représentant de l'Etat dans un délai de 15 jours de leur signature, aux investigations de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public et à la procédure de l'article 22 du code des tribunaux administratifs qui permet au président d'un tribunal administratif, statuant en la forme des référés, d'empêcher la signature d'un contrat en cas du non respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

143. La transparence veut que la totalité des conventions de délégation de service public soient assujetties aux procédures de publicités. Cependant la pratique a démontré que cette procédure pourrait s'avérer lourde et inadaptée aux petites collectivités ainsi qu'aux petites délégations. Dans son rapport, la commission des

¹⁴⁶ GUIBAL Michel, « Transparence et délégation de service public », *LPA*, 13 septembre 1995 n° 110, p. 16

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 17

¹⁴⁸ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 365

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 380

finances, de l'économie générale et du plan considéra, en matière de transports scolaires, que « *les petits délégataires ne peuvent dans de très nombreux cas, faire face à une augmentation imprévue du nombre d'élèves à transporter, qui n'est bien souvent connue que quelques semaines, voire quelques jours, avant la rentrée scolaire. Le recours à un autre délégataire dans les conditions prévues par la loi n'est alors pas possible dans un laps de temps aussi court* »¹⁵⁰. Les interventions parlementaires étaient également parties dans le même sens. En effet, une question attira l'attention sur l'idée que si l'amortissement comptable d'un cas de transport scolaire se calcule sur cinq ans, l'on constate dans un premier temps que les tarifs négociés le sont sur la base d'un amortissement économique sur une durée supérieure ou égale à dix ans. Par conséquent, si les entreprises concernées n'auraient pas une visibilité suffisante sur la durée de leur collaboration avec les collectivités locales, il risquerait qu'elles n'accepteront plus d'investir dans du matériel neuf. Cette évidence conduirait, de même, à ce que les économies seraient recherchées par les prestataires, au détriment de la qualité du service et de la sécurité des enfants transportés¹⁵¹. Dans une autre approche les parlementaires rappelleront que ce type de contrat, n'acquiert dans certains départements, telle la Guadeloupe, qu'un caractère artisanal¹⁵².

144. Pour remédier à cette situation astreignante, des efforts de partenariat de qualité et de sécurité entrepris par les transporteurs et les conseils généraux¹⁵³ ont poussé le gouvernement à instituer le seuil financier au-dessous duquel la passation des conventions de DSP serait assujettie à des procédures simplifiées. Ainsi, une loi est venue le 8 août 1994 exonérer de la soumission au chapitre IV de la loi Sapin, les conventions de DSP dont « *le montant total estimé des sommes perçues par le délégataire, en application de la convention et pour toute la durée de celle-ci, est inférieur à un seuil de 1 350 000 F hors taxes. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article 40. Les modalités de cette*

¹⁵⁰ Rapport n° 1349, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de loi (n° 1281) *portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* par TREMEGE Gérard, JOAN, documents parlementaires, 10^{ème} session 1994, p. 264

¹⁵¹ RM, Question parlementaire, n° 7950, JOAN Q, débats parlementaires, 5 septembre 1994, p. 4488

¹⁵² RM, Question parlementaire, n° 15352, JOAN Q, débats parlementaires, 24 octobre 1994, p. 5294

¹⁵³ RM, Question parlementaire, n° 07326, JOS Q, débats parlementaires, 22 décembre 1994, p. 3031

publicité sont fixées par décret en Conseil d'Etat »¹⁵⁴. Ce seuil a subi depuis, plusieurs modifications. Pourtant l'observation principale à faire, en partant de cette disposition, est que la transparence ne s'était pas imposée sans modération et prise en considération de toutes les situations affectant la réalité des délégations de service public. Elle n'a pas été consacrée pour compliquer sans raison la vie contractuelle des personnes morales du droit public au détriment du service. Au contraire, le législateur a veillé à retenir les modalités nécessaires pour une adaptation adéquate de celle-ci à toutes les situations présentes sur la scène des délégations de services publics locaux.

145. Au niveau européen, les exigences de la transparence n'affectaient que de loin les délégations de service public et la cour européenne a, jusqu'à une époque récente, respecté la volonté du législateur national en laissant la conclusion de ces contrats se dérouler librement ; aucune formalité de publicité, ni de mise en concurrence préalable. Cependant, ceci serait désormais une chose impossible depuis l'arrêt *Telaustria*. En effet, la CJUE, concernant les concessions de service public, a énoncé que « *nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter des règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier* ». De ce principe découle une « *obligation de transparence* » incombant au pouvoir adjudicateur et consistant « *à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »¹⁵⁵.

146. Ce principe, ainsi que les principes qui en dérivent sont totalement absents dans la législation libanaise. Absence voulue, juridiquement, pour laisser une marge de liberté et d'appréciation aux responsables, et prévue pratiquement et politiquement pour laisser passer, sans contraintes ni protestations, certaines transactions. Ce manque d'information que la publicité pourrait remédier, fait que la seule discussion menée lors

¹⁵⁴ Article 70-II de la Loi n° 94-679 du 8 août 1994 *Portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, *JORF* n° 184 du 10 août 1994 p. 11668

¹⁵⁵ CJCE, 7 décembre 2000, n° C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, concl. N. Fenelly, *Rec. CJCE*, I, p. 10747.

de l'octroi d'une délégation de service public au Liban est celle menée entre la personne publique délégante et l'éventuel délégataire. En effet le critère de l'intuitu personae emporte, jusqu'aujourd'hui, tous les autres critères affectant le choix du délégataire, c'est pourquoi les contrats de délégations de service public en général et les contrats de concessions en particulier constituent de vrais privilèges pour les contractants de l'Administration.

147. Et pour finir sur la publicité, le décret du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la Loi Sapin prévoit que cette publicité s'effectue dans « *une publication habilitée de recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné* »¹⁵⁶. Et de là, la crainte des parlementaires d'une concurrence étrangère, apparue clairement pendant les débats, semblait ainsi être mal fondée car la publicité est strictement interne. Aucune publication n'est faite au niveau communautaire. Et si cela n'interdit pas la participation des entreprises ressortissantes d'un Etat membre de l'Union européenne, au moins il ne la favorise pas. Et contrairement au cas des marchés publics où la publication doit figurer au bulletin officiel des annonces légales, la collectivité reste libre dans le choix de l'organe de la publication.

Toutefois le principe de la publicité ne serait évidemment pas critiquable étant donné qu'il prémunit la transparence, quoique les modalités de sa mise en place soient discutables en raison de leur coût et des risques de fraude qu'elles gardent toujours dans l'horizon¹⁵⁷.

148. La transparence est aussi mise en relief par l'article 40 qui impose la détermination de la durée dans le contrat. Une telle détermination par la collectivité constitue une preuve de clarté, de crédibilité dans la fixation de la durée convenable à la délégation et une application périodique de la transparence. L'article 40, en fixant ensuite le plafond de la durée aux amortissements des installations mises en œuvre, limite la possibilité de manipulation entre les cocontractants au détriment du service et des

¹⁵⁶ Article 1 du décret n°93-471 du 24 mars 1993 *Portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public*, JORF n°72 du 26 mars 1993 p. 4773

¹⁵⁷ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 384

usagers. Ainsi, toute durée excessive qui peut profiter au seul délégataire sans apporter aucun intérêt au service pourra faire l'objet de recours contre le contrat devant le juge administratif. En interdisant enfin les clauses de reconduction, le phénomène de longue durée trouve sa fin et la société privée ne pouvait plus s'assurer d'être indéfiniment délégataire de service public. La transparence dans l'organisation du service qui n'était jamais ressentie comme nécessaire est désormais fondamentale. En réalité « *l'histoire et le droit positif des attributions de contrats de délégation de service public tendent ainsi à la promotion de la transparence, mais sans indication majeure sur son sens et son contenu* »¹⁵⁸

2- L'égalité et la concurrence

149. De la transparence, et la publicité découle la concurrence. En fait la transparence en elle-même ne peut être atteinte que par la mise en œuvre de moyens appropriés, déterminés par la loi du 29 janvier 1993 sous le terme de la concurrence. « *C'est l'obligation de mise en concurrence qui rendra transparentes les procédures d'attribution des contrats publics et, par voie de conséquence, empêchera la corruption en la matière* »¹⁵⁹. D'ailleurs cette notion de transparence figurait maintes fois dans les considérants des directives des Marchés publics comme un moyen de garantir l'ouverture des marchés à la concurrence¹⁶⁰, même pour certains la transparence est vue comme « *une condition de la concurrence* »¹⁶¹. Ces deux principes sont donc corolaires et reflètent ensemble le rapport de cause à effet, quoiqu'à notre avis, la transparence constitue le but principal, l'objectif que le législateur tend à assurer alors que la mise en concurrence n'est qu'un moyen pour acquérir ce but. Elle est « *la seule voie efficace vers la transparence, celle-ci étant le meilleur moyen, sinon le seul, de moraliser la passation des contrats publics et de prévenir la corruption qu'ils risquent de générer* »¹⁶².

¹⁵⁸ GUIBAL Michel, « Transparence et délégation de service public », art. prec., spec. p. 17

¹⁵⁹ GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », art. prec., spec. p. 189

¹⁶⁰ LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics » *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2004, Chronique, p. 4

¹⁶¹ DUROY Stéphane, *La distribution d'eau potable en France, Contribution à l'étude d'un service public local*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 289

¹⁶² GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la

150. Traditionnellement, la mise en concurrence était exclue des formalités de passation des conventions de délégation de service public. La jurisprudence rejetait ce principe en faveur de l'usage de l'intuitu personae. Ce rejet s'inspire de l'idée que « *le secret des transactions tolère tout au moins certaines pratiques en marge de la concurrence. La non concurrence serait alors la conséquence de la non transparence* »¹⁶³. Dans ce sens, le Conseil de la concurrence a rendu une décision le 17 mai 1988 rejetant l'application de l'ordonnance du premier décembre 1986 relative à la concurrence au contrat de service public en cause en interprétant strictement l'article 53 de l'ordonnance. Selon le Conseil, cette disposition ne concerne que les actes de production, de distribution ou de services, or l'acte de la délégation de la gestion d'un service public ne se rattache à aucune de ces activités¹⁶⁴. Cette exclusion du champ de la concurrence fondée sur l'idée que cet acte n'est qu'une mesure d'organisation du service public manifestant l'exercice d'une prérogative de puissance publique arriva à son terme avec la Loi Sapin consistant à soumettre la passation de ces contrats à des procédures de publicité préalable et d'une mise en concurrence assurant un égal accès des candidats à l'octroi des délégations.

L'obligation de mise en concurrence vise à anticiper les atteintes à la concurrence dans le choix du cocontractant¹⁶⁵. Contrairement au principe de l'égalité qui gouverne le choix du cocontractant et s'impose à tous les contrats¹⁶⁶, le principe de la mise en concurrence ne constitue pas un principe général du droit et ne s'impose qu'en cas de présence d'un texte écrit. C'est le cas de la Loi Sapin. En effet, si cet encadrement aurait pour effet de limiter la liberté contractuelle des collectivités au niveau du choix des procédures de passation des contrats elle garderait une grande marge de celle-ci dans le choix du cocontractant¹⁶⁷.

corruption et à la transparence de la vie économique », art. prec., spec. p. 191

¹⁶³ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 418

¹⁶⁴ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 419

¹⁶⁵ GINTRAND Eric, « La liberté contractuelle des collectivités locales et le droit de la concurrence », in *Les collectivités locales et le droit, les mutations actuelles*, Actes du colloque du 24 et 25 juin 1999 organisé à Pau, Dalloz, 2001, p. 259

¹⁶⁶ CE, 24 janvier 1990, n° 64781, *Mme Martinetti*, *Gazette du Palais* 1990, 2 som. p. 542

¹⁶⁷ GINTRAND Eric, « La liberté contractuelle des collectivités locales et le droit de la concurrence », op. cit., spec. p. 260

151. La publicité, qui est un élément d'information, est également, pour la concurrence, un élément de définition. Elle « *implique le libre jeu des lois du marché, l'égalité entre les acteurs économiques et la publicité des offres et des demandes. Liberté, égalité, publicité, ce sont les trois maîtres-mots de la concurrence, ce qu'elle est ou ce qu'elle doit être* »¹⁶⁸.

Et c'est ainsi que l'article 38 de la Loi Sapin précise que la procédure de publicité permet « *la présentation de plusieurs offres concurrentes* ».

152. La consécration de la concurrence ne tient pas simplement à la reconnaissance d'un ordre économique libéral au niveau des délégations de service public mais elle est un des moyens instaurés par la Loi pour servir tout à la fois l'objectif de lutte contre la corruption et l'objectif de transparence.

153. Pour ce qui concerne le principe de l'égalité, comme le souligne la Commission européenne, le principe de transparence est le corolaire du principe d'égalité de traitement¹⁶⁹ « *dont il vise à assurer l'effet utile en garantissant des conditions de concurrence non faussées* »¹⁷⁰.

En outre, le principe d'égalité apparaît fondamental dans la concurrence. Chaque entreprise aura une égale vocation d'accéder à la procédure de passation des contrats de service public dès lors qu'elle respecte les modalités de présentation des offres précisées dans la publication préalable. Il représente aussi un élément fondamental de lutte contre la corruption car « *publicité et égalité combattent les pratiques illégales se complaisant des pratiques opaques* »¹⁷¹. À savoir, les modalités de présentation concernent notamment les justifications à produire, la forme des offres, les modalités d'envoi.

154. L'autorité délégante est dans l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement des concurrents. « *Il s'agit en quelque sorte d'une égalité dans la*

¹⁶⁸ DRAGO Roland, « Marchés publics et concurrence », in *Droit public de la concurrence*, sous la direction de Jean-Marie. RAINAUD et René CRISTINI, Economica, Paris, 1987, p. 199.

¹⁶⁹ CJCE, 25 avril 1996, affaire C-87/94, Bus wallons

¹⁷⁰ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, JOCE du 29 avril 2000, C 121/2

¹⁷¹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 383

concurrence »¹⁷². L'Administration doit veiller, dans le cadre de l'examen des garanties professionnelles et financières, à traiter tous les candidats de manière identique. Aucun privilège ne sera accordé à l'un d'entre eux et aucune garantie supplémentaire ne pourra être demandée à l'un sans les autres.

155. Pourtant ce principe de mise en concurrence trouve sa limite à la frontière de deux autres principes fondamentaux des délégations de service public que le législateur ainsi que le juge administratif et constitutionnel ont annoncé à plusieurs reprises que la Loi Sapin n'y portera pas atteinte. Il s'agit de la liberté de l'Administration et de l'*intuitu personae* qu'on verra plus tard.

156. La limitation de la durée du contrat, la restriction de la prolongation, et l'interdiction de sa reconduction constituent, pour leur part, une mise en œuvre du principe de la concurrence à travers la remise en question régulière du service à chaque fin de délégation d'une façon régulière et bien précise.

157. Cependant, comme pour la transparence, la concurrence au Liban est réservée, jusqu'à présent, aux contrats de marchés publics et n'a jamais été transmise aux conventions de délégation de service public. Toutefois avec l'émergence de la pratique des BOT à la scène juridique libanaise la situation actuelle a connu un changement notable. En effet, pour les définir et trouver leur place dans le régime juridique libanais, les tribunaux et le législateur les classent souvent sous la rubrique des concessions tout en respectant leurs spécificités à savoir l'application de la publicité préalable et la mise en concurrence. C'est seulement dans ce cadre de vision que les délégations de service public sont soumises aux principes proches des marchés publics.

B- Des principes propres aux délégations de service public

158. Certes, ce n'est point l'application systématique du Code des Marchés publics qui était recherchée. C'est plutôt un rapprochement au niveau des orientations et de certaines techniques, notamment les procédures de mise en concurrence, et de mise en transparence. Cependant le législateur veilla à préserver, en dépit de ce rapprochement, la

¹⁷² Ibid, p. 390

spécificité de la passation des contrats de délégation de service public. En effet, la loi du 29 janvier 1993 s'inscrit surtout dans le cadre de la protection de la collectivité publique (1) ainsi que dans la consécration de la propriété publique (2), principes auxquels le droit des marchés publics ne pouvait servir de référence.

1- La protection de la collectivité publique

159. La recherche de la transparence n'était pas le seul but de la Loi Sapin. Cette dernière conservait un objectif propre aux délégations de service public qui se manifeste par la protection de la collectivité publique. Mais la protéger de qui/de quoi et comment ? Ce sont les mêmes moyens employés pour prévaloir la transparence qui servent aussi à assurer la protection des collectivités, à savoir la publicité, la concurrence et la limitation de la durée mais avec des degrés d'influence variables. Protéger la collectivité entraîne une protection du service public délégué ainsi qu'une protection des petites entreprises. C'est en se basant sur cette idée marchande que les protecteurs de la loi ont réussi à faire passer le projet.

160. Le législateur cherchait à établir un équilibre entre une partie considérée comme faible (la collectivité locale délégante) et une autre économiquement forte (le délégataire). Pour cette raison le législateur a posé le principe d'une durée limitée des conventions de délégation de service public, limitation qui mettra fin d'une part, aux rentes de situations puisqu'avec les durées excessives, les investissements seront déjà amortis et qu'en conséquence, les recettes retirées de la gestion du service deviennent en grande partie des bénéfices¹⁷³ pour les délégataires, et d'autre part, aux cas de décharge de la gestion du service dont profitait la collectivité sans l'accomplissement de formalités contraignantes. Cependant, les critères de la détermination de la durée sont différents selon que le contrat met ou non à la charge du délégataire la réalisation d'investissement. Dans l'hypothèse de l'absence d'une telle réalisation, la durée est fonction des prestations demandées au délégataire, à noter que la loi n'a pas précisé ce qu'on entend dire par prestations. Dans l'hypothèse contraire, elle dépend à la fois de l'investissement à réaliser et de son amortissement. Le législateur introduit donc un critère de « *proportionnalité* »

¹⁷³ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Montreuil, Editions du PAPHYRUS, janvier 2006, p. 104

entre la durée du contrat et les prestations¹⁷⁴, critère jugé clair prémunissant la transparence et la protection des collectivités publiques.

161. La publicité préalable, instaurée comme le premier moyen de la transparence, constitue aussi une mesure de protection des petites entreprises et des collectivités délégantes. En assurant une égale information à tous les entrepreneurs intéressés par le contrat, la publicité favorise une démocratisation de l'accès aux conventions de délégation de service public car les groupes puissants ne seront plus les seuls à pouvoir disposer de l'information. L'obligation à la publicité s'accompagne normalement d'une sanction pénale punissant toute atteinte au principe d'égalité des candidats durant la passation des contrats, ce qu'on appelle le délit de favoritisme. De même, en moralisant la vie publique, la publicité a le mérite d'augmenter le nombre de partenaires de l'Administration et, par suite de réduire au minimum la dépendance de la personne publique à l'égard des grands groupes privés¹⁷⁵.

162. L'exigence de l'examen des garanties professionnelles et financières imposée par l'article 38 sur les collectivités, constitue à son tour une mesure de protection de la bonne gestion du service public. Les garanties professionnelles produites doivent permettre à l'autorité délégante d'apprécier le savoir-faire et les compétences nécessaires des candidats pour gérer le service. Pourtant ce critère favorise indirectement, dans l'octroi de nouvelles délégations, les grandes entreprises qui ont déjà acquis une certaine expérience et une certaine réputation dans la gestion déléguée¹⁷⁶.

La production de garanties ne se contente pas de protéger le service public. La loi en laissant à chaque collectivité le soin de préciser le contenu de ces garanties en fonction du besoin de chaque délégation et de la propre conviction de chaque collectivité, assure à la fois une protection du service et de la collectivité. En outre, l'interprétation de ces garanties et leur appréciation par la personne publique constitue « *une mesure de*

¹⁷⁴ AUBY Jean-François, « La délégation de service public : Premier bilan et perspectives », art. prec., spec. p. 1096

¹⁷⁵ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 381

¹⁷⁶ Ibid, p. 389

sauvegarde des candidats »¹⁷⁷ qui auront la chance égale d'accéder à l'octroi de la convention de délégation de service public.

163. Parmi les pratiques dénoncées par la loi, celle qui consiste pour une entreprise, qui vise à se faire confier une concession ou un affermage, de proposer à une commune qui est normalement dans une situation financière critiquable ou qui vise à assurer à ses citoyens certains équipements difficile à financer, de réaliser des travaux ou même de prendre à sa charge l'exécution de certains services, encore plus de verser une contribution remarquable au budget de la collectivité quitte ensuite à répercuter sur le prix facturé aux usagers les charges correspondantes¹⁷⁸. Les usagers ne contestaient point cette pratique en considérant que cette contribution est souvent « *épongée* »¹⁷⁹ par les gains de productivité. Pourtant, cette constatation n'était pas précise. Au contraire, ce mécanisme aboutissait à un véritable transfert de charges à l'encontre des usagers qui se trouvent en situation de payer non seulement un prix convenable pour que le délégataire puisse amortir ses investissements mais aussi pour couvrir des charges incombant normalement aux budgets locaux ou à d'autres usagers de services publics¹⁸⁰. Elle constituait d'une part, un point de pression sur la collectivité qui voit son choix du délégataire s'influencer par la contribution la plus généreuse, et d'autre part un évident manque d'égalité entre les candidats, ce qui entravait évidemment la démarche de transparence. Ce problème a été décelé durant les travaux préparatoires surtout dans le rapport de M. DURAND sur le futur article 40 de la Loi Sapin : « *Le dernier alinéa tend à faire obstacle à une autre source d'abus provenant des clauses apparemment avantageuses pour la commune et destinées à favoriser la conclusion d'un contrat de délégation. Par exemple, le cocontractant prend à sa charge une partie de la dette de la collectivité ou s'engage à réaliser un équipement à ses frais. En réalité, cette clause apparemment avantageuse comporte de multiples inconvénients : il apparaît souvent à l'examen que les conditions prévues au contrat permettent au bénéficiaire de se rembourser - et bien au-delà - sur l'utilisateur, et que l'équipement proposé est réalisé en*

¹⁷⁷ Idem

¹⁷⁸ DEVES Claude, « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 631

¹⁷⁹ Idem

¹⁸⁰ AUBY Jean-François, « Délégation de service public La question des droits d'entrée », *LPA*, 13 mai 1996 n° 58, p. 8

dehors de toutes les procédures prévues par le Code des Marchés publics, ne correspond pas aux besoins de la collectivité, est livré sans contrôle de la personne bénéficiaire »¹⁸¹. Le législateur a donc posé une règle selon laquelle les droits d'entrée dans les contrats de délégation de service public doivent être justifiés. Le quatrième alinéa de l'article 40 disposait que : « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* ». Dans ce sens, les droits d'entrée seront justifiés tant qu'ils sont représentatifs des investissements non amortis, que ces investissements aient été consentis par le délégant ou par le délégataire.

164. Pour protéger les collectivités, à sa propre façon, le législateur libanais, après la permission avérée aux municipalités de passer des contrats de délégation sous l'empire de l'arrêté n° 2511 du Haut-commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions* à condition d'une authentification préalable et postérieure à la conclusion du contrat par le gouvernement, a omis de reprendre cette disposition dans sa nouvelle loi sur les municipalités en 1977¹⁸² et après dans ses modifications de 1997, 1999 et 2001. Au Liban, protéger les collectivités se matérialise par le fait que c'est l'Etat qui passe les contrats de délégations de service public pour le compte des collectivités. Il n'est plus autorisé à ces derniers de passer des conventions de délégations de service public. Désormais c'est une loi spécifique à chaque délégation qui organise la gestion du service concerné et c'est l'Etat qui sera la personne publique en cause¹⁸³. La décentralisation au Liban n'est pas encore achevée. La protection de la collectivité, des services publics est une mission étatique. Cependant, il importe d'évoquer que les droits d'entrée n'existent guère au Liban¹⁸⁴ parce qu'ils ne sont pas encore connus. En effet, les premières concessions étaient passées de gré à gré sans que l'Etat révèle les raisons derrière le choix de tel ou tel délégataire. Et étant donné que la majorité de ces concessions accordées depuis 1926 sont toujours en vigueur, l'occasion n'est pas encore survenue pour voir s'il y aura recours ou pas à cette pratique surtout que l'Etat recourt

¹⁸¹ Rapport n° 2941 sur le projet de loi relatif à *la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, présenté par DURAND Yves, JOAN première session ordinaire 1992-1993, p. 112

¹⁸² Décret-loi n° 118 du 30 juin 1977 relatif à *la Loi des municipalités*, JO n° 20 du 7 juillet 1977

¹⁸³ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 15/02/2013

¹⁸⁴ Idem

jusqu'à présent et à chaque demande du délégataire à prolonger son contrat pour voir amortir toutes les installations qu'il a plantées. Donc le besoin à cette pratique n'est pas encore apparu dans l'horizon. En revanche, c'est vrai qu'il n'y a aucune loi qui autorise ces droits, mais il n'y a aussi aucune loi qui les prohibe.

2- La conservation de la propriété publique

165. « *La gestion déléguée constitue un moyen de « se débarrasser » du service sans le privatiser* »¹⁸⁵. Cette expression reflète la réalité libanaise sur la question des délégations de service public. En effet, la détermination de la durée des délégations de service public instaurée par l'article 89 de la Constitution libanaise avait un objectif, complètement différent des objectifs soutenus par la loi Sapin, à savoir la protection de la propriété publique. À l'époque du mandat, la majeure crainte des libanais se matérialisait dans l'abandon des autorités françaises d'une partie du territoire Libanais ou du renoncement aux intérêts propres au peuple libanais au profit des pays ou des sociétés étrangères. Et eu égard, aux circonstances selon lesquelles les services publics du pays nécessitaient, dans le meilleur des cas, une modernisation et dans le pire des cas une instauration, la concession était la seule et la plus efficace solution pour la construction et la gestion des services publics pour un certain moment avant de les rendre aux libanais, le temps nécessaire pour que ces derniers puissent, au regard des autorités du mandat, gérer leur propres services. C'est pourquoi, en imposant une durée déterminée, l'article 89 était clair sur l'interdiction d'une concession perpétuelle ou d'une acquisition du service par la société concessionnaire¹⁸⁶. Et pour garantir cet objectif, et barrer la route devant toute tentative de privatisation¹⁸⁷ le constituant libanais avait veillé à ce que cette détermination figure dans une loi. Ainsi toute modification de celle-ci ne pourra s'établir que par une autre loi. Le constituant considérait qu'une telle détermination ne pourrait être laissée au pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

166. En revanche, La protection des collectivités, la bonne gestion du service

¹⁸⁵ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 21

¹⁸⁶ CHIHA Ibrahim Abd El Aziz, *Traité des dispositions et les principes du droit administratif*, maison universitaire, 1997, p. 769

¹⁸⁷ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

ou même l'attribution du meilleur service à l'utilisateur viennent en second lieu et profitent de la détermination de la durée sans que cette dernière soit établie pour satisfaire leurs besoins.

Donc l'article 89 constitue une garantie constitutionnelle de la propriété publique et l'interdiction de la privatisation. La durée en elle-même n'était pas cherchée par le législateur qui n'a soumis la fixation à aucune règle stricte pour encourager l'initiative privée à s'immiscer dans la gestion du service public¹⁸⁸ et la contribution à sa modernisation tout en lui conservant le droit de gain incontesté tant qu'il ne durera pour toujours.

167. Dans le même sens de la protection de la propriété publique, certains textes viennent limiter la liberté de la collectivité du choix de son délégataire. Il s'agit de l'article 78 du code du commerce qui exige qu'au moins un tiers des actions de toute société délégataire d'un service public soit possédée par des libanais. De même l'article 26 de la loi sur les municipalités prohibe à tout membre du conseil municipal la détention d'un contrat de délégation de service public dans le cadre municipal. Le même principe est appliqué aux membres du parlement en vertu des lois électorales¹⁸⁹.

Paragraphe 2 : Les principes sacrifiés par la détermination

168. Ce projet de loi a fait l'objet de vives controverses contemporaines lancées avant sa promulgation et qui n'ont arrêté d'être évoquées après cette date. Avant l'intervention du juge constitutionnel, les contestations étaient à la fois législatives et parlementaires (A). Cependant, si la décision du Conseil a pu mettre un terme aux débats parlementaires, elle n'est pas parvenue à sécher l'encre des critiques doctrinales. Par ailleurs, le juge constitutionnel a réussi à bénéficier de l'imprécision des dispositions conflictuelles pour rendre une décision tranchante mais aussi conciliante (B) entre les objectifs avancés par la loi, et les principes administratifs et constitutionnels existants avant son avènement.

¹⁸⁸ Idem

¹⁸⁹ Article 29 de la loi électorale de 1960

A- Les contestations législatives et doctrinales

169. Pour aboutir aux objectifs dressés par le projet de loi, le législateur n'a pas hésité à risquer la tradition de la gestion déléguée en sa totalité. Aux yeux des saisissants de ce projet, le législateur a admis le sacrifice non seulement des principes propres aux délégations de service public (2), mais aussi des principes à valeur constitutionnelle (1).

1- Le sacrifice des principes à valeur constitutionnelle

170. Selon les parlementaires, le projet de loi anticorruption méconnaissait des principes à valeur constitutionnelle dont la libre administration des collectivités locales, notamment en faisant obstacle à la continuité de leurs services publics (a) et la liberté d'entreprendre des entreprises susceptibles d'être délégataires (b).

a- La libre administration

171. « *La « libre administration », se présente comme une liberté constitutionnellement reconnue et garantie dont le respect s'impose au législateur* »¹⁹⁰. Ce principe figurait sous l'article 87 dans la constitution de 1946 avant d'être inséré au troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution actuelle qui dispose : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Les parlementaires jugeaient souhaitable que la Constitution consacre l'existence des collectivités territoriales et le principe de leur autonomie « *car elles constituent un des éléments du corps politique de l'Etat* »¹⁹¹. Ce principe s'est ensuite vu accordé une valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel lui-même dans sa décision du 23 mai 1979, Territoire de Nouvelle Calédonie¹⁹². Mais la décision n'était pas d'une grande clarté car elle n'employait pas le terme « *principe* » et ne mentionnait pas les dispositions constitutionnelles de références. Il a ensuite été réaffirmé par l'article 1^{er} de la loi n° 82-213 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions du 2

¹⁹⁰ ROUX André, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA* n° 3, mai-juin 1992 p. 435, spec. p. 436

¹⁹¹ *Ibid*, spec. p. 437

¹⁹² Conseil Constitutionnel, 23 mai 1979, n° 79-104 DC, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, Rec. p. 27, comm Favoreu.

mars 1982 qui a clôturé l'ère des tutelles administratives, et définitivement consacré par les décisions du Conseil Constitutionnel sur les lois de décentralisation de 1982¹⁹³ et finalement rappelé par la loi du 6 février 1992, la première à avoir évoqué les contrats de délégation de service public.

172. Ce principe se trouve confronté au principe d'égalité, ces deux termes étant considérés comme « potentiellement antinomiques »¹⁹⁴. Autant on augmente le champ de compétence des collectivités locales, autant on risque fort de heurter le principe d'égalité au niveau nationale, chaque collectivité étant tentée d'édicter des règles différentes d'une collectivité à une autre. C'est pourquoi, le principe de libre administration n'est pas absolu et doit tenir compte du caractère indivisible de la République¹⁹⁵.

173. Bien que la consécration du principe de libre administration eusse pour effet de protéger les collectivités locales contre l'intervention du pouvoir réglementaire national sans fondement législatif, et de les protéger aussi contre les atteintes qui pourraient leur être portées par le pouvoir législatif, il appartenait, cependant, au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de déterminer « *les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources* ». Tout en admettant la mise en œuvre de ce principe par le biais d'une loi, les parlementaires, dans leur saisine du Conseil Constitutionnel ont rappelé que cette réglementation édictée ne devait porter atteinte substantiellement à cette liberté, ce qui n'était pas le cas dans la loi anticorruption. Il serait inhérent que le Conseil Constitutionnel prenne position pour déterminer l'étendue de ce principe et « *tracer ainsi les limites assignées à l'intervention du législateur qui, compétent pour mettre en œuvre*

¹⁹³ Conseil Constitutionnel, 5 janvier 1982, n° 81-134 DC, *Loi autorisant le gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, Rec. p. 15 ; Conseil Constitutionnel, 25 février 1982, n° 82-137 DC, *Droits et libertés des communes, départements et régions* Rec. p. 38 ; Conseil Constitutionnel, 25 février 1982, n° 82-138 DC, *Statut particulier de la région de Corse*, Rec. p. 41

¹⁹⁴ VERPEAUX Michel, « Principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales », in *Les collectivités locales et le droit, les mutations actuelles*, Actes du colloque du 24 et 25 juin 1999 organisé à Pau, Dalloz, 2001, p. 47, spec. p. 48

¹⁹⁵ Ibid, spec. p. 52

le principe, ne saurait le mettre en cause »¹⁹⁶.

174. Les députés dans leur saisine du Conseil Constitutionnel faisaient grief à la limitation stricte de la durée d'entraver considérablement la libre action des collectivités locales qui, en n'ayant plus le libre choix de la durée qui leur convient, ne pourront plus en conséquence « *appliquer les tarifs qui ont leur préférence puisqu'il est établi que ceux-ci varient notamment en fonction de la durée de la convention* »¹⁹⁷.

175. Quant aux sénateurs, ils évoquaient à leur tour, que la dernière phrase du premier alinéa de l'article 40 en interdisant la collectivité locale délégante de fixer, pour une délégation de service public, une durée supérieure à la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre, restreint considérablement la liberté d'appréciation de la collectivité délégante. Les sénateurs ont ajouté que la loi censée régler la libre administration devait poursuivre un objectif de valeur constitutionnelle. Or il est moins indéniable qu'une telle valeur pouvait être reconnue à l'objectif de transparence que la loi tend à primer. Et, quand bien même cet objectif aurait une valeur constitutionnelle, l'interdiction, telle qu'elle est présentée dans la loi, constitue une grave atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales. « *En effet, la liberté de déterminer la durée de tels contrats est, pour une collectivité locale, un élément essentiel de son droit à s'administrer librement : la durée de la convention est au cœur de l'équilibre contractuel et elle conditionne la politique tarifaire de la collectivité délégante. En effet, la fixation d'une durée de délégation plus ou moins longue a une incidence directe sur les tarifs qui seront imposés aux usagers du service public* »¹⁹⁸.

À leur avis, le législateur pouvait, sans porter atteinte au principe de libre administration, prévoir que les délégations de service public des collectivités locales doivent être limitées en durée tout en laissant aux collectivités locales la possibilité d'apprécier la durée à retenir en fonction d'un certain nombre de critères. « *A cet égard, l'interdiction de fixation d'une durée supérieure à la durée normale d'amortissement des installations constitue*

¹⁹⁶ ROUX André, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *art. prec., spec.* p. 435.

¹⁹⁷ Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, Saisine de 60 députés, site du CC

¹⁹⁸ Idem

une restriction injustifiée au principe de libre administration, car elle conditionne des éléments fondamentaux de la convention de délégation»¹⁹⁹.

b- La liberté d'entreprendre

176. Souvent rattachée au droit de propriété, cette liberté est une composante de la liberté de commerce et de l'industrie avec le principe de libre concurrence. « *Aspect du principe général de liberté, la liberté d'entreprendre dépasse le commerce et l'industrie. Entreprendre, c'est beaucoup plus généralement la possibilité pour un particulier d'exercer une activité hors de contraintes trop strictes* »²⁰⁰.

177. Ce principe a été consacré comme liberté constitutionnelle par dix décisions du Conseil Constitutionnel, à savoir les décisions : n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, n° 82-150 DC du 30 décembre 1982, n° 84-172 DC du 26 juin 1984, n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, n° 89-209 DC du 22 janvier 1990, et n° 90-283 DC du 8 janvier 1991.

La décision du 16 janvier 1982²⁰¹ constitue la décision fondamentale qui a fait de cette liberté un droit fondamental de la première génération. De leur part, les décisions 89-254 DC du 4 juillet 1989 et 90-283 DC du 8 janvier 1991 ont avoué que comme tous les droits fondamentaux, la liberté d'entreprendre peut connaître certaines limitations mais que ces limitations ne doivent ni excéder ce qui est nécessaire à la réalisation du but poursuivi ni conduire à une dénaturation de ladite liberté.

178. En l'espèce, les députés ont considéré que la dénaturation a eu lieu. Ils évoquaient devant le Conseil Constitutionnel la question des dérogations introduites au deuxième alinéa de l'article 40 qui restreignent étroitement les possibilités dont dispose la collectivité délégante pour prolonger la convention. Il s'agit surtout de la limitation numérique de la prolongation (un an ou un tiers de la durée initiale) qui porte atteinte à la

¹⁹⁹ Idem

²⁰⁰ THERON Jean-Pierre., « À propos de la liberté d'entreprendre », in *Etudes en l'honneur du doyen Péquignot, « l'interventionnisme économique de la puissance publique »*, Université de Montpellier I, CREAM, 1984, Tome 2, p. 675

²⁰¹ Conseil Constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec. p. 18

liberté contractuelle des collectivités territoriales. « *Ces remarques valent en ce qui concerne les entreprises qui contractent avec les collectivités : la liberté contractuelle du délégataire est restreinte dans les mêmes proportions que celles du délégant, ce qui l'empêche d'établir des prévisions pour ses investissements et ses tarifs, toutes restrictions qui sont de nature à porter atteinte au principe de la liberté d'entreprendre* »²⁰².

179. En outre, la liberté de contracter est indissociable de la liberté d'entreprendre : il serait inconcevable que celle-ci puisse s'exercer si n'est pas reconnue simultanément au profit de son bénéficiaire la possibilité de passer librement convention avec toute personne de son choix. Ce principe, fondamental en droit civil, serait, récemment²⁰³, transporté au droit public. Il consiste en la liberté de la personne publique de recourir aux procédés conventionnels, liberté de déterminer le type de contrat, liberté de choix de contractant, et liberté de déterminer les clauses du contrat. La faculté de fixer la durée d'une convention de DSP constitue l'une des composantes majeures de la liberté contractuelle surtout qu'elle détermine leur marge de négociation²⁰⁴. En effet, la formulation de la requête visait à inviter le Conseil Constitutionnel à se prononcer sur la valeur constitutionnelle de ce principe²⁰⁵. Dans sa décision du 20 janvier 1993, le Conseil confirma, pour la première fois²⁰⁶ ce principe, mais sans pour autant le constitutionnaliser. Il appartiendrait toujours au législateur d'en tracer les limites²⁰⁷. Selon les députés, c'est l'encadrement des procédures de passation des contrats de délégation de service public et l'obligation de mise en concurrence qui auront pour effet de limiter la liberté des collectivités locales.

2- Le sacrifice des principes propres aux délégations de service public

180. Nonobstant l'affirmation du ministre de l'économie qui assura : « *Nous*

²⁰² Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, Saisine de 60 sénateurs, site du CC

²⁰³ FORT François-Xavier, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, université Montpellier I, volume I, p. 27, spec. p. 32

²⁰⁴ MAHOUACHI Mohamed, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2001, PUAM 2002, p. 205

²⁰⁵ Ibid, p. 206

²⁰⁶ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 391

²⁰⁷ Conseil Constitutionnel, 20 mars 1997, Décision 97-388 DC, JO 26 mars 1997

voulons rendre le régime des délégations plus transparent, mais nous y conservons des procédures de libre négociation et de libre choix »²⁰⁸, les parlementaires étaient persuadés que le projet de loi a entravé les principes propres aux délégations de service public, à savoir l'intuitu personae (a), et la libre négociation (b).

a- L'intuitu personae

181. Elle n'est cachée à personne, la réalité que la notion de l'intuitu personae gouvernait le système de l'attribution des conventions de délégation de service public. Elle manifestait clairement le pouvoir discrétionnaire qu'a la personne publique délégante de « *choisir le prestataire de service public qui, par ses références, la connaissance qu'il a du secteur, la confiance qu'il inspire, paraît lui apporter le maximum de garanties de bonne exécution du service* »²⁰⁹. Cette notion, libérale, exprime en même temps la liberté contractuelle, la liberté de mettre ou de ne pas mettre en concurrence, et la libre administration des collectivités publiques.

*« L'intuitu personae apparaît comme étant, au mieux, l'attribution d'un contrat sans mise en concurrence claire mais précédée de négociations, au pire, elle désignerait l'attribution d'un contrat sans concurrence ni négociation »*²¹⁰. En vertu de cette compétence, les collectivités territoriales attribuent l'exploitation de leurs services publics en considération de la personne de leur contractant²¹¹. Ce principe constituait à la fois un critère de qualification des délégations de service public et un élément de distinction par rapport aux marchés publics. À cet égard, le libre choix du délégataire était justifié par le concept de l'organisation du service et de la satisfaction de l'intérêt général²¹².

182. Les défenseurs du projet de loi ont soulevé la marge de corruption que

²⁰⁸ SAPIN Michel, ministre de l'économie et des finances, JOAN 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3877

²⁰⁹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 226

²¹⁰ GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », art. prec., spec. p. 191

²¹¹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, op. cit., p. 225

²¹² TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 411

peut dissimuler une attribution de gré à gré sans publicité ni concurrence, sans critères ni discussion. Selon eux, le champ de l'intuitu personae constitue le terrain fertile des opérations de corruption auxquelles s'affronte le projet de loi anti-corruption et que ce ne serait que par l'encadrement de ce principe libérale que se réaliserait la moralisation du droit précontractuel des personnes publiques. Il ne s'agit pas d'une disparition de cette notion fondamentale dans les conventions de délégation de service public. Il s'agit plutôt d'une « véritable mutation de la notion »²¹³, d'un remplacement de l'ancienne par une nouvelle « qui procède à la fois de la technique de l'appel d'offres et de la technique du marché négocié. Elle naît de l'atténuation de ce qui s'oppose à la négociation dans l'appel d'offres, et à la formalisation de la mise en concurrence dans le marché négocié »²¹⁴.

183. Les opposants du projet de loi contestaient à la concurrence de mettre fin au principe de l'intuitu personae, et rappelaient pour cela les propos du rapport BOUCHERY que « le choix de déléguer l'exploitation d'un service public est inhérent à la responsabilité d'organisation du service public qui incombe à une collectivité publique ; il doit reposer sur la confiance et donc sur l'intuitu personae et il ne saurait être question de remettre en cause le droit, pour une collectivité publique, de choisir la personne à laquelle elle juge utile de confier l'exécution d'un service public »²¹⁵. Au sein des commissions, le sénateur Christophe BONNOTTE, rapporteur du projet de loi, reprit que « la liberté de choisir le délégataire est [...] consubstantielle à la délégation de service public »²¹⁶. Pour sa part, le ministre de l'Economie et des Finances, représentant des défenseurs du projet de loi, assura qu' : « Il n'est évidemment pas question de revenir sur ce principe de notre droit public. Cela est d'autant moins envisageable que, pour ce qui est des collectivités locales, le principe de libre administration s'opposerait à ce que le libre choix des délégataires soit bridé de quelque façon que ce soit »²¹⁷. Pourtant ces

²¹³ GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *art. prec., spec.* p. 189

²¹⁴ Ibid, *spec.* p. 192

²¹⁵ MARCOU Gérard, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA* 1994 p. 875, *spec.* p. 886

²¹⁶ SAPIN Michel, ministre de l'économie et des finances, *JOAN*, 1^{ère} séance du 13 oct. 1992, p. 3600, *spec.* p. 3684

²¹⁷ Ibid, *spec.* p. 3607

déclarations n'étaient pas suffisantes pour rassurer les opposants qui n'ont trouvé que le recours au Conseil Constitutionnel pour sauver la spécificité des contrats de délégation de service public. Selon eux, la conciliation entre deux contradictions ne pourrait avoir lieu. Il y aurait toujours un principe qui emportera l'autre et ce n'est surtout pas le principe de l'intuitu personae qu'ils accepteront sa scarification.

184. Au Liban, ce principe est corolaire à la notion de service public. Autant le contrat entre la personne publique et son contractant est lié au service public, autant l'effet du principe de l'intuitu personae est important²¹⁸. C'est pourquoi il est le principe fondamental sur lequel se base toute délégation de service public. Concept règlementé à l'article 36 du cahier des charges et des dispositions générales, n'a connu jusqu'aujourd'hui aucune atténuation ou soumission à une conciliation avec un autre principe. Il est placé en premier lieu dans le choix du délégant et dans l'exécution du contrat. Le Conseil d'Etat admettait le pouvoir discrétionnaire qu'a l'Administration dans le choix de son délégant sous réserve d'un non détournement du but principal qui est l'intérêt du service²¹⁹. L'Administration choisit directement son délégataire sans passer par les règles de l'adjudication publique²²⁰. Ce choix porte principalement sur la compétence, la bonne réputation, les capacités personnelles, techniques et financières, et parfois la nationalité du délégataire. Ces critères détermineront le cadre du principe de l'intuitu personae²²¹ et ne seraient être exigés que pour assurer l'intérêt du principe et des usagers. Cependant, et en partant de là, on ne voit pas pourquoi ce principe ne serait rationalisé surtout que l'étude des critères demandés d'une façon objective est concevable. En le faisant, on arrive de plus en plus à une décision unanime ou unique qui ne laissera pas grande place à l'intuitu personae pour choisir le contractant convenable, ce dernier serait élu par sa satisfaction nette et claire des critères demandés. Et pourtant, il importe de mentionner une décision du Conseil d'Etat libanais²²² qui n'a pas reconnu de

²¹⁸ NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, Thèse 2010, Université Arabe de Beyrouth, p. 37

²¹⁹ CE Lib., du 28 novembre 1995, n° 108, *RJA*, 1997, Tome 1, p. 173

²²⁰ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif, tome 2, la gestion des services publics, l'établissement public et les contrats de concessions*, 1^{ère} édition 1999, sans éditeur, p. 277

²²¹ NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, op. cit., p. 39

²²² CE Lib. du 27 mai 1935, n° 54, *Bulletin judiciaire libanais- Recueil des décisions du CE*, Tome 3, p. 167

semblables après, et qui jugeait que l'Administration n'est pas libre dans l'octroi des concessions, au contraire, elle est contrainte de ne pas interdire à quelqu'un ce qu'elle a autorisé à un autre pour une raison qui n'a pas été demandée dans le second cas, sinon sa décision ne se trouvera pas à l'abri d'une annulation suite à un recours pour excès de pouvoir.

b- La libre négociation

185. Définie par M. Lionel BELLENGER comme une « *sorte de formule magique utilisée dans les secteurs de la vie sociale, économique, ou politique* »²²³ la négociation recouvre, « *lato sensu, tous les processus par lesquels au moins deux parties évoluent ensemble depuis un point ou elles partagent une question ou un problème jusqu'à un point ou elles s'accordent sur une réponse ou une solution communes* »²²⁴.

186. La libre négociation trouve sa source dans le principe de l'intuitu personae et elle s'est enracinée dans le domaine des contrats de délégation de service public avec les lois de décentralisation²²⁵ qui ont fait disparaître les autorisations préalables du préfet et le caractère impératif des documents types du ministère de l'intérieur. Elle constituait de ce fait, la voie normale de l'attribution des délégations de service public classiques. Ainsi en présentant le projet de loi anti-corruption, un souci général attira l'esprit des parlementaires et serait exprimé par les propos de M. HUEST qui pensait que : « *Les concessions peuvent faire l'objet d'aménagements et tout le monde admet qu'il doit y avoir une plus grande transparence. Personnellement je ne trouve pas anormal qu'il y ait plusieurs candidatures, à conditions que soit respecté le fondement de la concession de service public, à savoir la libre négociation* »²²⁶. Cependant l'introduction de l'obligation de publicité et de mise en concurrence conduisait inévitablement à encadrer cette liberté et la limiter. Ainsi les liens changent. « *De la règle non écrite « la concurrence par la négociation » on est passé à une autre règle non écrite : « la concurrence sans*

²²³ BELLENGER Lionel, « La négociation », P.U.F., collection Que sais-je ?, 8^{ème} édition, 2011, p. 27.

²²⁴ COLSON Aurélien, « Contrat et négociation », in *contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, université Montpellier I, volume I, p. 13

²²⁵ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Montreuil, Editions du PAPHYRUS, janvier 2006, p. 101

²²⁶ HUEST Jean-Jacques, *JOAN*, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3871

négociation ». Bien entendu, cette nouvelle règle souffre des exceptions et des aménagements. Mais elle implique l'interdiction de négocier à certains moments de la procédure d'attribution, l'impossibilité de négocier sur certaines matières et l'obligation de négocier avec tous les candidats lorsqu'il est possible de négocier. La contradiction « concurrence-négociation » est en voie de disparition dans le droit des délégations de service public »²²⁷ où sera retenue une mise en concurrence formalisée prolongée par une négociation. Cette réalité serait contestée par les opposants à ce projet de loi qui virent dans cette mutation une déviation des spécificités sur lesquelles se construisait l'histoire des délégations de service public. Quoique le gouvernement, en défendant son projet ait essayé de calmer la fureur des opposants en déclarant, à travers son ministre de l'équipement et du logement M. BIANCO qu' : « une fois les offres reçues, la liberté de négociation d'abord, de choix ensuite, reste totale »²²⁸. Cette affirmation, nette qu'elle soit, n'a pas empêché les contestants de s'en méfier et par la suite de saisir le Conseil Constitutionnel

B- L'intervention tranchante et conciliante du Conseil Constitutionnel

187. Saisi par 84 députés et 75 sénateurs, le Conseil constitutionnel, « vérificateur désormais inévitable de l'orthodoxie juridique des textes politiquement lourds »²²⁹ ne s'est pas attardé pour rendre une décision (1) déclarant conformes à la Constitution les dispositions relatives à la durée des délégations. Pourtant cette décision, si elle a su comment faire arrêter les débats parlementaires, n'a pas pu tenir la doctrine d'étudier son écho (2).

1- La décision du Conseil Constitutionnel

188. Concernant la procédure de publicité préalable et l'absence de réciprocité dans le domaine des délégations de service public dans les Etats de la Communauté économique européenne, le Conseil Constitutionnel constate « qu'aucune disposition ni

²²⁷ GUIBAL Michel, « Transparence et délégation de service public », *op. cit.*, spec. p. 17

²²⁸ BIANCO Jean-Louis, ministre de l'équipement et du logement, *JOS*, séance du 3 décembre 1992, p. 3630, spec. p. 3632

²²⁹ GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *op. cit.*, spec. p. 186

aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une loi française accorde des droits à des personnes physiques ou morales étrangères alors même que l'État dont elles dépendent ne donnerait pas les mêmes droits à des personnes physiques ou morales françaises »²³⁰ et que par la suite cette procédure ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques.

189. Concernant les dispositions que les parlementaires alléguaient qu'elles portaient atteinte contre les principes de libre administration et de la liberté d'entreprendre, le Conseil précise que « *la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue ; que le législateur peut y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; que les limitations prévues par l'article 40 [...] ne portent pas à la liberté d'entreprendre une atteinte telle qu'elle en dénaturerait la portée* »²³¹.

190. Quant à l'intuitu personae, le Conseil rassurait dans sa décision que la sélection des candidats ferait désormais l'objet d'une réglementation alors que le choix du cocontractant demeure libre. Il s'agit surtout d'une réorientation du choix et non d'une imposition puisqu'il revient aux collectivités elles-mêmes de fixer les critères de sélection.

191. Pour la négociation, celle-ci demeure libre mais elle sera opérée avec une ou des entreprises ayant présenté une offre, c'est-à-dire avec celles dont les garanties professionnelles et financières et les garanties du respect des lois du service public ont été examinées et jugées satisfaisantes. Donc après l'étape de l'examen objectif des critères demandés, la libre négociation retourne sur la scène des délégations de service public.

192. Eu égard à l'article 34 de la Constitution, le Conseil considérait que pour atteindre les objectifs de la transparence il serait licite qu'une loi proscrive la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et lie au contraire cette durée à des critères concernant la nature et le montant des investissements à réaliser par le délégataire, puisque même si cette durée va être limitée à la durée normale

²³⁰ Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, *Rec.* p. 14, spec. p. 21

²³¹ *Ibid.*, spec. p. 22

d'amortissement du bien, la marge d'appréciation serait toujours conservée aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce sous le contrôle du juge, d'une part, en raison de l'absence, dans la loi, d'une définition de la notion de « *durée normale d'amortissement des installations* » qui limitait la durée maximale des délégations, et d'autre part « *eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées* »²³². Et que, pour plus de précision, en renvoyant la fixation des modalités d'application du présent article à un décret en Conseil d'État, le législateur bloqua la voie à l'autorité réglementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement en laissant ainsi à chaque collectivité le droit d'agir au coup par coup, sous le contrôle du juge qui examinera concrètement chaque cas d'espèce.

193. Quant aux conditions de prolongation, le conseil considéra que les motifs d'intérêt général liés surtout à la continuité du service justifiaient la prolongation pour un an et que les prolongations en cas de travaux non prévus au contrat initial pris en charge par le délégataire à la demande du délégant, qui seraient de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation des prix manifestement excessive constituent aussi des motifs justifiés de la prolongation. Mais « *en imposant alors, par surcroît, en toutes circonstances que ces prolongations ne puissent augmenter de plus d'un tiers la durée initialement prévue sans égard à la diversité et à la complexité des situations susceptibles d'être ainsi affectées* »²³³, le Conseil a considéré que le législateur a prescrit de façon trop générale et absolue une contrainte excessive non justifiée qui méconnaît le principe de la libre administration et par la suite il l'a déclaré comme non conforme à la Constitution. En effet le conseil a estimé que dans certaines situations les collectivités devaient disposer d'une durée qui ne soit sans péril impérativement limité notamment en cas de délégations dans des domaines sujettes à des mutations importantes imputables au progrès des techniques ou aux contraintes croissantes imposées par la

²³² Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, Rec. p. 14, spec. p. 22

²³³ Idem

législation²³⁴.

2- L'écho de la décision

194. En dépit des motifs avancés par le Conseil Constitutionnel, cette décision faisait l'objet d'un large champ d'analyses et de critiques. Le premier reproche adressé au conseil Constitutionnel est qu'il a bénéficié de l'imprécision de la loi pour juger les dispositions incriminées conformes à la constitution et Il n'a de ce fait « *censuré que certaines dispositions dont l'automatisme et la rigidité ont été tenues pour inconstitutionnelles* »²³⁵.

195. En se basant strictement sur cette imprécision, le conseil jugeait la conservation du principe de l'intuitu personae. Selon lui, c'est vrai que le législateur a posé la nature des garanties que doivent remplir les candidats, mais il a laissé aux seules collectivités locales le soin de définir leur contenu. La détermination des conditions que doivent satisfaire les délégataires assurera non seulement la liberté de gestion des collectivités locales, mais également, le maintien de l'intuitu personae dans le choix du délégataire²³⁶. Cette imprécision aurait dû être vue comme une « *imperfection* »²³⁷ et non comme un gilet de sauvetage de la noyade de la loi.

196. Le conseil accorda implicitement par cette décision, une valeur constitutionnelle aux principes de la transparence et de la concurrence du fait qu'il a cherché à établir une conciliation entre ces objectifs et des principes de valeur constitutionnelle, tel le principe de libre administration des collectivités locales ou le principe d'égalité²³⁸. Une simple observation superficielle de cette décision et de tous les contournements qu'a usés le conseil pour finir à constater que la liberté d'administration n'a pas été menacée, nous conduit à déduire clairement que le principe de « *liberté*

²³⁴ POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 » *RFDA* 1993 p. 902, spec. p. 907

²³⁵ Ibid, spec. p. 904

²³⁶ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 391

²³⁷ POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 », op. cit., spec. p. 906

²³⁸ Ibid, spec. p. 904

administrative » n'était vraiment, aux yeux du conseil, qu'« *un terme vague et vide* »²³⁹ comme l'a qualifié M. TROPER ou comme raisonnait M. BOULOUIS « *plus prometteuse que précise* »²⁴⁰.

197. La Loi Sapin a inversé les postulats des conventions de délégations de service public. Au lieu que les exigences de l'intérêt général sollicitent le libre choix des délégants, il devient au contraire d'intérêt général, d'établir une procédure de sélection. Le principe de l'intuitu personae est considéré maintenu par la persistance de l'importance des qualités personnelles des délégataires. « *Aujourd'hui, la conclusion du contrat en fonction des qualités de la personne a acquis plus d'importance que la conclusion du contrat en fonction de l'identité de la personne. Cela tient notamment à la nature des délégataires. Ce sont, le plus souvent, des personnes morales et non plus des personnes physiques. L'identité des membres de la société n'est plus l'élément primordial. Ce qui compte c'est le savoir faire du groupe* »²⁴¹.

Si la limitation de la durée suivait un objectif précis qui est celui d'éviter la soumission indéfinie des personnes publiques à leurs délégataires et d'être parfois prisonnières de cette situation du fait de l'ancienneté des liens établis, ce but sacré a coûté à la délégation un sacrifice de l'une de ses composantes fondamentales à savoir la liberté contractuelle. Le choix de la durée, qui découle de cette liberté, assurait à la collectivité un bénéfice irremplaçable en tant qu'elle constitue une « *arme de discussion pour la collectivité dans la négociation qu'elle entreprend* » et un « *moyen pour elle de déterminer sa politique d'investissement, de tarif et de prix* »²⁴². La Loi Sapin a simplement privé la collectivité de ce privilège. Le conseil ne voyait pas dans la fixation de la durée une fin en elle-même, mais un moyen de garantir la transparence et la concurrence.

²³⁹ TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration », in *La libre administration des collectivités locales*, Colloque 1984, Economica, Paris, p. 62

²⁴⁰ BOULOUIS Jean, « Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale », *AJDA* 20 mai 1982, p. 304

²⁴¹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 416

²⁴² POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 », art. prec., spec. p. 906

198. Si la Loi Sapin présenta l'avantage de rappeler, à travers l'article 40, la proportionnalité qui doit exister entre la durée du contrat et les prestations demandées, le conseil a failli se rappeler et rappeler avec lui le législateur qu'il ne peut exister de règle générale applicable aux conventions de délégation de service public, ni concernant l'ensemble des conventions de délégation de service public, ni concernant les différents secteurs couverts par la délégation de service public. « *Ce sont en fait les conditions propres à chaque contrat qui doivent déterminer sa durée, ce qui rend particulièrement malaisé l'édiction de règles de caractère général* »²⁴³, et de ce fait annuler les contraintes régissant la détermination de la durée de ces contrats. Ce qu'il n'a pas fait.

199. Quant aux motifs de la prolongation incarnés par la bonne exécution du service public et l'extension du champ géographique de la convention de délégation, l'ambiguïté de ces termes serait clarifiée, pour le gouvernement, par la limitation de la prolongation du contrat à un tiers de la convention initiale, « *mais en faisant sauter cette réserve, le Conseil Constitutionnel a, en pratique, vidé la loi d'une bonne partie de son efficacité* »²⁴⁴. En effet, les critiques sur l'ambiguïté des dispositions relatives aux cas de prolongation sont nombreuses et seront traitées un peu plus loin.

200. En réalité le Conseil Constitutionnel s'est forcé de neutraliser les dispositions vagues de la loi pour leur garantir la conformité à la Constitution. Cependant la précision de certaines dispositions et l'impossibilité du contournement et de l'atténuation de leur sens ont obligé le Conseil à aborder de front le problème du seuil et à annoncer leur inconstitutionnalité. Il s'agit de la disposition ne permettant la prolongation de la durée de la convention que dans la limite du tiers de la durée initialement prévue. Par cette censure le Conseil a établi une proportionnalité entre les limitations imposées par la loi et l'objectif constitutionnel poursuivi à savoir la liberté d'administration.

201. En ce qui nous concerne le plus, la durée des délégations, On partage l'avis de M. POUYAUD qui ne conçoit en quoi la corrélation entre la limitation de la

²⁴³ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », art. prec., spec. p. 13

²⁴⁴ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4, spec. p. 8

durée des conventions et les objectifs poursuivis par l'article 40 de la loi. En effet, « *la concurrence notamment est un moyen d'obtenir le prix le plus favorable pour les usagers et sa réalisation semble plus sûrement atteinte par la liberté de négociation de la convention que par la succession de conventions distinctes qui privilégient une catégorie de contractants attirés par le court terme* »²⁴⁵. La limitation de la durée ne présentera aucun atout aux objectifs de la transparence et de la concurrence puisqu'elle est censée remplir d'autres fonctions. Au contraire, ces objectifs auraient été atteints par la seule instauration des règles de publicité et les procédures de négociation sans toucher à la limitation de la durée des délégations.

202. En revanche, pour bien voir le côté plein du verre, par cette décision le juge s'est gardé, à lui seul, le droit de préciser les conditions de mise en œuvre du principe de libre administration étant donné que le seuil dont le franchissement entraîne la censure de la loi ne peut être déterminé que concrètement, au cas par cas, en se basant sur les effets de la disposition contestée sur la liberté d'action des autorités locales. Ainsi la portée de la décision est claire. Il revient au juge d'exercer un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des restrictions apportées par la loi à la libre administration. Au cas où ces restrictions semblent être excessives et injustifiées, elles porteront atteintes au principe de la libre administration et seront par la suite non conformes à l'article 72 de la Constitution. Dans ce sens, le législateur n'est plus souverain : il doit justifier de ses actes au regard de la Constitution.

²⁴⁵ POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 » art. prec., spec. p. 905

Conclusion du Chapitre I

203. Quelles que soient les raisons et quels que soient les objectifs poursuivis, la durée est désormais déterminée en France comme au Liban. Cependant, à l'heure où la loi anti-corruption a été promulguée et la décision du Conseil Constitutionnel rendue, il était encore prématuré de parler des conséquences et des impacts de cette loi sur la pratique des délégations de service public. Les juristes ne possédaient à l'époque que la possibilité de prévoir la situation contractuelle des collectivités publiques dans un avenir proche. Pour les plus optimistes d'entre eux, la loi répondait certainement à des exigences nouvelles dans le domaine des services publics. Les postulats immuables n'existent point dans un domaine où la mutabilité constitue le pilier principal.

204. Selon eux, si l'adoption du principe de l'intuitu personae était justifiée, avant cette loi, par la satisfaction de l'intérêt général, pourquoi ne pas considérer qu'*« Il peut être d'intérêt général que le choix du cocontractant soit précédé d'un certain formalisme afin de permettre à l'autorité délégante de comparer les mérites respectifs des candidats. De cette comparaison, il résulte pour l'Administration une meilleure connaissance des qualités personnelles des entreprises qui l'autorise à conclure un contrat en fonction de ces derniers. « Confiance et concurrence ne sont pas incompatibles, au contraire elles se renforcent mutuellement » »*²⁴⁶. Ainsi l'intérêt général ne serait pas incompatible avec l'obligation de respecter une certaine transparence et concurrence dans la passation des conventions de délégations de service public. Ce temps là, n'est plus le temps de la totale liberté des collectivités publiques

205. Pourtant, la loi Sapin conserverait une grande marge de liberté à la collectivité en n'entendant pas permettre à l'autorité réglementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement. Cette loi serait considérée comme *« une simple directive laissant toujours les personnes publiques et notamment les collectivités locales libres de fixer la durée des conventions, sous la réserve du contrôle*

²⁴⁶ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 411

de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif, éclairé par les termes de la loi »²⁴⁷.

206. Pour les plus pessimistes d'entre eux, cette loi, dans ses dispositions relatives aux délégations de services publics, « pose en fait plus de problèmes qu'elle n'en résout. Si on ne peut que partager l'intention du gouvernement de moraliser la vie politique et d'imposer davantage de transparence en matière de délégation de services publics, il n'est pas certain que, dans sa rédaction actuelle, son objectif en ce domaine puisse être atteint »²⁴⁸. En considérant que les imperfections rédactionnelles et la brutalité des mesures prises résultaient des pressions médiatiques des événements sous lesquelles la législation a été adoptée²⁴⁹, ils réclamaient une retouche rectificative à la réforme sans quoi la législation resterait loin de couvrir le champ d'application du principe de transparence ni, partant, de satisfaire pleinement à ses exigences²⁵⁰. Cependant pour les plus pessimistes des pessimistes, cette loi ne pouvait dans aucun cas être justifiée ni acceptée « parce que, tout le monde le sait, ce n'est pas en compliquant les procédures qu'on améliore la transparence ; on permet aux plus malins de mieux s'en sortir ! »²⁵¹

En attendant l'avènement d'une évidence qui confirme ou invalide ces hypothèses, ces prévisions restaient des mots dans l'air.

²⁴⁷ CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, Economica, Paris, 2007, 2^{ème} édition, p. 774

²⁴⁸ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, art. prec., p. 4

²⁴⁹ Ibid, spec. p. 5

²⁵⁰ LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics », art. prec., spec. p. 11

²⁵¹ HYEST Jean-Jacques, JOAN, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3872

Chapitre II - Les dispositifs d'encadrement de la durée

207. Les conventions de délégation de service public d'aujourd'hui se distinguent nettement des conventions d'autrefois sur le plan de l'encadrement et de la réglementation. En effet, depuis le XIX^e siècle la concession n'était soumise à aucune règle législative de portée générale²⁵². La volonté des parties connaissait une liberté incontraignable dans la formation du contrat. La personne publique, responsable du service, déterminait, en plein accord avec son concessionnaire, les conditions essentielles de conclusion de la concession. La durée, comme tous les éléments déterminant de la négociation, n'était pas fixée par référence à un usage ou à une limite légale. La seule règle générale, à laquelle elle était soumise, était l'exigence d'être simplement assez longue pour permettre au concessionnaire de se rémunérer. Mais depuis la survenue des lois particulières sur les délégations de service public, les choses ont changé. « Déterminer la durée d'une délégation de service public est un temps fort du processus de conclusion de ce contrat »²⁵³. Dès lors, les conventions en général et la durée en particulier sont de plus en plus réglementées quoique cette réglementation ne soit pas toujours nette à l'œil nu et nécessite l'intervention du juge pour la clarifier.

208. Afin que l'étude de l'encadrement de la durée soit efficace, il importe de commencer par étudier le contexte de l'encadrement, c'est-à-dire, son cadre spatio-temporel (section I), partiellement établi par la loi Sapin, pour savoir qui est la partie responsable de la détermination, quand déterminer, et dans quel instrument contractuel fixer la durée de la convention de délégation de service public. En outre, pour achever l'encadrement de la durée il ne faut pas se contenter de la fixer au moment de la conclusion du contrat mais aussi veiller à assurer une garantie de l'encadrement tout au long de l'exécution de la convention. Dans ce sens, la Loi Sapin a veillé à mettre fin à

²⁵² GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011, p. 475

²⁵³ BRENET François, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole et Société Veolia eau*, « Détermination de la durée des délégations de service public et sanction du défaut d'information des conseillers communautaires dans le cadre d'un déféré préfectoral », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 704, janvier 2013, comm. 2

certaines pratiques qui entravaient la délimitation de la durée et à en encadrer d'autres, et ceci en vue d'un raffinement de l'encadrement (section II).

Section I : Le cadre spatio-temporel de la détermination de la durée

209. Certaines clauses, susceptibles d'être introduites dans une convention de délégation de service public, font parfois l'objet d'une réglementation dont le respect s'impose à l'Administration. Tel est le cas en particulier des clauses relatives à la durée du contrat. Dans le souci de barrer la route à toute tentative d'en user pour favoriser la corruption, le législateur a dressé un cadre spatio-temporel à l'intérieur duquel, la durée s'établit et ne peut, en aucun cas, dépasser ses frontières.

210. Malheureusement, c'est depuis cette phase préliminaire, qui faillit être la plus claire, que les confusions entouraient, surtout, le droit libanais sur la fixation de la durée des délégations de service public. Si la situation législative en France n'était guère meilleure, le juge administratif français a au moins réussi à combler les lacunes, et à présenter une phase bien claire et règlementée ce qui n'était pas le cas du juge libanais qui n'a pas trouvé le chemin pour sortir de l'obscurité des textes.

211. Par ailleurs, les règles de la durée, initialement élaborées pour les concessions, ont subi avec les législations une double modification. Dans le sens d'un élargissement, elles se trouvent applicables à la catégorie plus générale des contrats de délégation de service public. Mais dans l'autre sens, le principe de liberté de fixation de la durée a été abandonné²⁵⁴. Ainsi, mis à part les facteurs desquels dépend la détermination de la durée, et qui seront étudiés plus tard, la liberté de choisir qui, où, et quand déterminer la durée d'une délégation, se trouve désormais restreinte.

Il faut tout d'abord revenir sur la nature de la clause de la durée (paragraphe 1), avant de préciser la phase de son introduction dans le contrat (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La nature de la clause de durée

²⁵⁴ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 476

212. Si la nature mixte²⁵⁵ du contrat de délégation de service public est désormais admise et ne pose plus de problème, la question de la clause de la durée de ce contrat continue à susciter une interrogation sur sa nature surtout après la fixation par la loi de la partie responsable de sa détermination. On ne peut que relever une contradiction, au moins apparente, en comparant ou en essayant de raccorder, d'une part, l'unanimité de la doctrine qui considère que la clause de la durée est contractuelle, et, d'autre part, la netteté de la Loi Sapin qui fait supporter à la collectivité la charge de la détermination de la durée. A cette ambiguïté, s'ajoute une spécificité libanaise qui semble introduire, en plus de la détermination contractuelle de la durée, une détermination législative qui remet sur scène la discussion sur la personne responsable de la détermination de la durée et la nature même de cette clause. Ainsi il s'agit de voir en premier lieu la notion générale sur le support contractuel de la clause de durée (A) avant de s'intéresser à la théorie particulière du support législatif de cette clause (B)

A- Le support contractuel de la clause de durée

213. L'alinéa premier de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 dispose que : « *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* ». Cet alinéa, s'il semble être clair sur le choix unilatéral de la durée (2), ne l'est pas au niveau de la place de la durée dans les cahiers des charges (1).

1- La place de la durée dans les cahiers des charges

214. L'acte de concession, représentant la convention entre les deux parties, constitue l'élément essentiel de la concession. À la vue de sa brièveté, cet acte est obligatoirement précédé, suivi ou même accompagné d'autres documents plus développés qui déterminent les droits et obligations des parties, formant ainsi les sources des clauses de la concession auxquelles renvoie l'acte de concession et constituant avec ce dernier un tout²⁵⁶. Il s'agit souvent d'un cahier des charges particulier qui peut à son tour renvoyer à un cahier des charges-types. Ce dernier avec d'autres de son type,

²⁵⁵ EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés mixtes, les BOT, la délégation de service public*, étude comparée, El Halabi, 1^{ère} édition, 2009, p. 92

²⁵⁶ CE Lib., du 6 juillet 2004, n° 732, non publié

constituent des modèles de cahiers des charges conçus et élaborés à l'avance par l'Administration pour tel ou tel type général de contrats de concession, et susceptibles d'être rendus applicables à une concession déterminée par l'acte de concession. C'est en vertu de l'ordonnance du 24 février 1945 portant création d'un conseil national des services publics départementaux et communaux, que le ministre de l'intérieur était chargé d'établir des cahiers des charges-types « *obligatoirement applicables aux services publics interdépartementaux, départementaux, intercommunaux et communaux qui sont exploités sous le régime de la concession ou de l'affermage* ». Une théorie, pourtant erronée mais dominante à l'époque, instaurée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 5 mai 1961²⁵⁷ considérait les clauses des cahiers des charges comme purement réglementaires. Cette théorie prendra fin²⁵⁸ définitivement avec la survenance de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative *aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions* qui fera perdre aux cahiers de charges-types leur caractère obligatoire. Ainsi le ministre de l'intérieur a, en vertu de la nouvelle loi, pour mission « *d'établir des modèles de cahiers des charges auxquels les communes peuvent se référer pour leurs services exploités sous le régime de la concession ou de l'affermage* ». Le cahier des charges-types ne constitue aujourd'hui point une altération au principe du libre choix de la collectivité puisqu'il ne possède qu'un caractère indicatif et n'est de ce fait opposable au concessionnaire que si l'acte de concession s'y réfère. Au Liban, c'est l'Administration concernée qui dresse les cahiers des charges-types et ces derniers n'ont qu'une valeur indicative. Cependant après avoir considéré, pour un long moment, que la totalité des clauses du cahier de charge sont des clauses purement réglementaires, le Conseil d'Etat libanais²⁵⁹ bouleversa cette théorie et adopta la distinction française, en optant pour la présence, dans les cahiers des charges, des clauses réglementaires, modifiables unilatéralement par l'Administration²⁶⁰, et des clauses contractuelles qui ne peuvent être modifiées que par un mutuel accord des deux parties. Rappelons au passage que l'affermage, dans la mesure où il est de même nature que la concession, présente les

²⁵⁷ CE du 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, C.J.E.G. 1961, p. 175

²⁵⁸ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983, Tome 1, p. 694

²⁵⁹ CE Lib., du 2 juillet 1969, n° 410, *Société d'électricité du Liban Nord/ l'Etat*, Recueil administratif, 1969, p. 175

²⁶⁰ CE Lib., du 21 novembre 1956, n° 551, *Recueil administratif* 1957, p. 36

mêmes singularités qu'elle, spécialement en ce qui concerne son caractère mixte²⁶¹.

215. Ainsi, ces contrats comportent des éléments de caractère réglementaire et d'autres de caractère contractuel. C'est selon les catégories des clauses que se fait la distinction²⁶². Sont réglementaires, les clauses du cahier des charges qui concernent la gestion, l'organisation et le fonctionnement du service. Et sont par la suite contractuelles, les clauses qui concernent les avantages divers²⁶³ consentis par l'Administration au concessionnaire et qui ont déterminé celui-ci à traiter. Ces dernières n'intéressent en rien le public et ne touchent même pas aux règles et conditions de fonctionnement du service. En application de cette distinction le doyen DUGUIT proposa un éclaircissement acceptable²⁶⁴ consistant à considérer comme réglementaires, les dispositions du cahier des charges qui seraient susceptibles de se retrouver si le service était exploité en régie, et comme contractuelles, les dispositions qui ne se concevraient pas dans une exploitation en régie parce qu'elles n'y auraient pas d'objet. D'autres auteurs²⁶⁵ ajoutent aux clauses réglementaires, celles qui concernent la nature et l'étendue du service à assurer, les garanties à offrir aux usagers, l'aménagement des structures de la concession. Ces clauses constituent l'exception et sont soumises au pouvoir de modification unilatéral que détient l'Administration. À noter que cette dernière bénéficie de l'opportunité de modifier les clauses contractuelles mais assortie d'une juste indemnisation du délégataire.

216. Dès lors, la catégorie des clauses contractuelles se limiterait d'une part aux garanties financières assurées au délégataire (promesses d'avance, de subventions, garanties d'intérêts) ou aux autres garanties d'ordre divers, tel que, notamment, le privilège d'exclusivité quelquefois consenti par l'Administration au délégataire, d'autre part à la durée de la délégation, laquelle constitue aussi, une garantie reconnue au délégataire. Le seul thème qui ne trouvait pas son application dans cette hypothèse était, selon DUGUIT, celui du tarif des redevances que la convention autorise le

²⁶¹ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, op. cit., p. 320

²⁶² Ibid, p. 104

²⁶³ LINOTTE Didier, ROMI Raphael, *Services publics et droit public économique*, éditions du Juris-Classeur, Litec, 5^{ème} édition, 2003, p. 329

²⁶⁴ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, op. cit., p. 107

²⁶⁵ LINOTTE Didier, ROMI Raphael, *Services publics et droit public économique*, op. cit., p. 330

concessionnaire à percevoir. Bien que cet élément mette en relief les intérêts financiers du concessionnaire, il constituait un élément essentiel du fonctionnement du service et faisait partie des clauses règlementaires. Pourtant la jurisprudence française appliquait à cette clause, en ce qui concerne ses modifications, les règles applicables aux clauses contractuelles²⁶⁶. La clause relative aux tarifs demeure controversable au Liban. Elle a été pour une longue période considérée par la doctrine²⁶⁷ et la jurisprudence²⁶⁸ comme règlementaire. Aujourd'hui²⁶⁹, elle est normalement déterminée dans le cahier des charges en tant que clause contractuelle, plus rarement elle est déterminée unilatéralement par l'Administration, et exceptionnellement le soin de sa fixation peut être laissé au délégataire.

217. En effet, afin d'aider les collectivités locales, le ministre de l'intérieur a élaboré, en application de l'article L. 321-1 du code des communes, un barème indicatif des durées recommandées²⁷⁰, à citer :

Objet du modèle	Durée recommandée
<p>I- Ordures ménagères</p> <p>1- Modèle de contrat pour la collecte et l'évacuation des ordures ménagères (circulaire n° 81-79 du 21 octobre 1981)</p>	<p>5 ans (cette durée peut être augmentée, sans toutefois dépasser 10 ans, si le montant des immobilisations consacrées au service qui a fait l'objet du contrat est supérieur à 1,5 fois le chiffre d'affaires</p>

²⁶⁶ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, op. cit., p. 108

²⁶⁷ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *La gestion du service public : l'établissement public et les contrats de concession*, 1^{ère} édition, sans éditeur, p. 270 ; NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », *Revue de la Justice*, 1979, p. 14, spec. p. 37

²⁶⁸ CE Lib, 12 juillet 1963, n° 1134, *Recueil administratif* 1964, p. 39

²⁶⁹ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *La gestion du service public : l'établissement public et les contrats de concession*, 1^{ère} édition, sans éditeur, pp. 348, 349, 350, 351

²⁷⁰ Ministère de l'intérieur, *Recueil des modèles de cahiers des charges et règlements de service*, La Documentation Française, Paris, 1987.

<p>2- Modèle de contrat pour l'exploitation d'installations de traitement par incinération des résidus urbains avec ou sans récupération de chaleur (circulaire n° 86-142 du 19 mars 1988)</p>	<p>hors taxes annuel prévu par le contrat)</p> <p>De 5 à 15 ans (la durée des contrats dépend essentiellement du type de matériels de l'installation. Les contrats, puisqu'ils comportent le gros entretien et le renouvellement de l'installation, ne peuvent être conclus pour une durée trop courte faute de quoi cette clause serait non seulement sans valeur pratique mais entraînerait pour la collectivité des dépenses inutiles. Lorsqu'en outre il y a eu concours simultané pour la construction de l'installation et pour son exploitation, cette durée ne devra pas être inférieure à celle pour laquelle l'installation a été proposée.</p> <p>Toutefois, la durée du contrat ne devrait pas dépasser :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 5 ans pour les installations composées de fours de capacité nominale inférieure à 1,5 tonne/heure - 10 ans pour les installations composées de fours de capacité nominale supérieure - 15 ans pour les installations importantes, et notamment pour
--	---

	celles avec récupération de chaleur
<p>II- Chauffage urbain</p> <p>1- Modèle de contrat pour la distribution d'énergie calorifique par Concession (circulaire n° 82-183 du 23 novembre 1982)</p> <p>2- Modèle de contrat pour la distribution d'énergie calorifique par Affermage (circulaire n° 82-183 du 23 novembre 1982)</p>	<p>24 ans sans possibilité de tacite reconduction</p> <p>12 ans maximum (dans le cas des affermage dont les ouvrages sont à établir, en cours d'établissement ou en cours d'extension, cette durée ne devrait pas dépasser 16 ans)</p>
<p>III- Pompes funèbres</p> <p>Modèle de contrat pour la concession du service extérieur des pompes funèbres (circulaire n° 85-42 du 18 février 1985)</p>	6 ans
<p>IV- Assainissement</p> <p>Modèle de cahier des charges pour l'exploitation par affermage d'un service d'assainissement (modèle annexé au décret du 16 octobre 1981)</p>	12 ans maximum

<p>V- Distribution d'eau potable</p> <p>Modèle de cahier des charges pour l'exploitation par affermage d'un service de distribution publique d'eau potable (modèle annexé au décret du 17 mars 1980)</p>	<p>12 ans</p>
<p>VI-Stationnement payant</p> <p>1- Modèle de contrat pour l'exploitation du stationnement payant sur voirie (circulaire n° 82-111 du 15 juillet 1982)</p> <p>2- Modèle de contrat pour parc de stationnement (circulaire n° 82-111 du 15 juillet 1982) :</p> <p>- Concession</p> <p>- Affermage</p>	<p>6 ans maximum</p> <p>6 ans maximum pour un parc de surface isolé</p> <p>24 ans pour un parc en ouvrage (exceptionnellement portée à 30 ans dans le cas de mise en compétition entre plusieurs candidats, effectuée en bonne et due forme)</p> <p>6 ans pour un parc de surface isolé</p> <p>12 ans pour un parc en ouvrage (titre exceptionnel, lors de la première mise en</p>

<p>- Gérance</p>	<p>service d'un parc en ouvrage et lorsque les conditions d'exploitation sont très incertaines, il pourra être envisagé une durée de 15 ans)</p> <p>6 ans maximum</p>
------------------	---

Ainsi la référence obligatoire à la durée que les cahiers des charges-types ont veillé à montrer rend sans doute les assemblées délibérantes des collectivités locales attentives à cet aspect essentiel de la convention. Leur mérite est de permettre un minimum d'unification sur tout le territoire national de l'ensemble des règles applicables à un même type de délégation.

2- Le choix consensuel ou unilatéral de la durée

218. En résumé de ce qui vient d'être dit, Le contenu du cahier des charges doit se conformer aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT qui limite notamment, la durée des conventions de délégation de service public. Pourtant la nature de la clause de durée n'est pas aussi évidente qu'elle paraît l'être. Bien que la majorité des auteurs voient dans la durée, qui constitue une garantie accordée au concessionnaire, une clause contractuelle, et que ce n'est qu'en sa fonction que le délégataire a accepté la gestion du service, son élaboration crée un doute sur cette évidence. L'article 40 de la Loi Sapin paraît clair sur le choix unilatéral et non consensuel de la durée en disposant qu'elle est « *déterminée par la collectivité* ». Il nous semble, même si la pratique en montre souvent le contraire, que le terme contractuel doit toujours s'associer avec le terme consensuel, or si la détermination de cette clause se fait unilatéralement par la collectivité comment pourrons nous encore la considérer comme contractuelle ? Pourtant, certains considèrent

que la rédaction unilatérale et préalable de la durée ne dissimule en aucun sens son caractère contractuel puisqu'il suffit de lier la détermination de la durée aux « *prestations demandées par le délégataire* » pour montrer que celle-ci constitue un élément négociable à tel point que certains auteurs voient dans le procédé de sa détermination « *une négociation dans la négociation* »²⁷¹.

219. Cependant cette clause est une clause particulière car si elle constitue un avantage garanti au concessionnaire, elle intéresse en même temps l'organisation du service. « *C'est dire que, quoique contractuelle, elle cesse d'être immuable lorsqu'entre en jeu l'intérêt de l'organisation du service ; elle relève alors du régime du contrat administratif* »²⁷². L'Administration aura donc toujours le droit de la modifier ou de mettre une fin anticipée à la délégation pour supprimer le service qu'elle juge devenir inutile ou bien pour le réorganiser.

220. La doctrine libanaise²⁷³, pour sa part, avait admis sans hésitation le caractère contractuel de la clause de la durée vu qu'elle constitue l'élément en fonction duquel se calcule la rémunération et les gains du délégataire²⁷⁴, et elle avait clairement annoncé que sa détermination doit résulter d'un consensus entre les deux parties. En principe l'Administration ne peut imposer une durée sur laquelle il n'y a pas eu un accord. Cette hypothèse est valable pour tous les contrats administratifs sans exception²⁷⁵. Les auteurs affirment que la simple figuration de la durée dans les cahiers de charges préparés unilatéralement par l'Administration ne signifie point que la durée est réglementaire car les propositions des candidats et les discussions qui s'engageront par la suite permettront d'affiner le cahier des charges de la délégation. Cependant, peu nombreux qu'ils soient, certains auteurs considèrent que la durée est une clause

²⁷¹ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4

²⁷² DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1984, Tome 2, p. 435

²⁷³ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *La gestion du service public : l'établissement public et les contrats de concession*, op. cit., p. 271 ; ABD EL WAHHAB Mohammed Refaat, *Les principes et les dispositions du droit administratif*, Al Halabi, 2002, p. 338

²⁷⁴ NASRALLAH Abbas, *Le droit administratif spécial*, Dar Bilal, 2012, p. 32

²⁷⁵ NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, Thèse 2010, Université Arabe de Beyrouth, p. 26

règlementaire²⁷⁶ puisqu'elle doit figurer dans la loi autorisant la passation de la délégation. On partage ce point de vue en raison non seulement de la détermination unilatérale de celle-ci mais aussi du support qui la détermine, à savoir la loi au Liban.

221. Pourtant, la durée fait partie des conditions dont l'Administration ne peut procéder à la modification unilatérale²⁷⁷ quoi qu'elle la détermine toute seule au départ du contrat, ce qui conduit à revenir à l'hypothèse de la durée comme clause contractuelle.

222. En outre, concernant l'organe responsable de la détermination au sein de l'Administration, que ce soit en France ou au Liban, la proposition peut bien venir de l'exécutif mais c'est définitivement l'assemblée délibérante qui prend la décision finale puisque le sujet concerne un service public et affecte de ce point de vue les finances publiques de l'Etat²⁷⁸. Cette affirmation a été reprise et confirmée par le Conseil d'Etat : « *Lorsqu'il entend autoriser le maire à souscrire une convention de délégation de service public, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci ainsi que les éléments financiers exacts et l'identité de son attributaire* »²⁷⁹. Ce pouvoir ne saurait être vidé de sa substance par une insuffisance d'information du conseil municipal sur le contenu des contrats. Ainsi, même si le délégataire avait été choisi après un appel d'offres, dès lors que le conseil municipal n'avait pas bénéficié d'une information complète lorsqu'il a voté sa première délibération, il devait se prononcer sur l'identité et l'offre du concessionnaire retenu à la fin de la procédure de consultation. Cette jurisprudence avait le mérite d'étendre les règles appliquées dans les domaines des marchés, des baux et des transactions au domaine des délégations de service public. A noter qu'au Liban ce n'est pas le maire qui représente l'exécutif des collectivités locales mais c'est le président du conseil municipal.

²⁷⁶ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

²⁷⁷ AL TAMMAWI Sleiman, *Les principes généraux des contrats administratifs*, Dar Al Fekr Al Arabi, 5^{ème} édition, 1991, p. 476

²⁷⁸ EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés mixtes, les BOT, la délégation de service public*, op. cit., p. 98

²⁷⁹ DREYFUS Jean-David, Note sous CE du 10 janvier 2007, n° 284063, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, AJDA 2007, p. 636 ; PELLISSIER Gilles, Note sous CE du 10 janvier 2007, n° 284063, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, *Droit Administratif*, mars 2007, comm. 39, p. 20

B- Le support législatif de la clause de durée

223. La complexité et l'ambiguïté de la procédure au Liban ne s'arrêtent pas à ce stade. Le fait de connaître la nature de la durée et la partie responsable de sa détermination ne constitue point la vraie difficulté. En plus de la figuration de la durée dans le cahier des charges, celle-ci doit être déterminée, en vertu de l'article 89 de la Constitution, aussi dans une loi. Et le grand défi est de pouvoir deviner à quel point la durée doit être déterminée par la loi et s'il s'agit d'une loi type ou spécifique (1), ainsi sur la possibilité de voir octroyer des délégations de service public par le biais d'un décret (2).

1- Les controverses sur la loi type ou spécifique

224. Avant de penser à la nature de la loi dans laquelle la durée des conventions de délégations de service public doit être définie, il importe de trancher la polémique sur la figuration ou non de la durée dans une loi. L'article 89 de la Constitution, à sa brièveté, pose un principe sans le clarifier et ni le législateur, ni la doctrine, ni même la jurisprudence n'ont présenté une explication satisfaisante. Et si par hasard l'on trouve une certaine tentative de détermination des contrats visés par cet article, aucune ne s'intéresse à la durée de ces conventions. Reprenons l'article 89 pour mieux le décortiquer : « *Aucune concession ayant pour objet l'exploitation d'une richesse naturelle du pays ou un service d'utilité publique, ni aucun monopole ne pourront être accordés qu'en vertu d'une loi et pour un temps limité* ». Il est clair que l'article impose l'octroi des concessions par une loi et que ces contrats soient pour une durée limitée. Mais est-ce que cette durée doit être déterminée dans la loi d'octroi ? Ou suffit-il qu'elle soit déterminée dans les cahiers de charges ? À cette question aucune réponse n'est ferme. Des grands juristes de droit constitutionnel considèrent que la durée doit être déterminée dans la loi elle-même²⁸⁰ d'une telle façon que le législateur ne laisse pas à l'Administration la liberté de choisir la durée à son propre gré. Cette dernière pourra toujours proposer une durée dans le projet de loi présenté au parlement avec tous les arguments indispensables qui

²⁸⁰ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012 ; FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, Al Dar Al Masriya, 1^{ère} édition, 1969, p. 471 ; ABD EL WAHHAB Mohammed Refaat, *les principes et les dispositions du droit administratif*, op. cit., p. 346

permettent au législateur de décider tout en conciliant entre les besoins du service, l'exigence d'une bonne gestion et l'équilibre financier du contrat. Quoique cette analyse soit logique et corresponde aux ambitions du constituant à l'époque qui n'avait que le souci de protéger les propriétés publiques, d'interdire les concessions perpétuelles et la privatisation des services publics, à notre avis, si l'article voulait que la durée soit déterminée dans la loi d'octroi, il aurait mieux dit « *en vertu d'une loi et pour un temps limité dans la loi elle même* » ou encore « *pour un temps limité en vertu d'une loi* » mais la version adoptée nous invite à penser que la délégation doit être octroyée en vertu d'une loi et doit être octroyée pour une durée déterminée mais la détermination de la durée peut bien être faite dans le contrat ou dans la loi ou autrement.

225. Admettons que cette durée est déterminée en vertu de la loi, une autre interrogation surgit. S'agirait-il d'une loi type, loi cadre, qui régirait les modalités d'octroi de toutes les délégations de même type ? Ainsi l'Administration organisera la passation de ces conventions de DSP en conformité avec celle-ci sans se trouver dans l'obligation d'assister à la promulgation d'une nouvelle loi à chaque reprise, ou bien s'agirait-il d'une loi spécifique qu'il faut promulguer à chaque fois que l'Administration décide d'octroyer une DSP ? La majorité de la doctrine considère que les termes de l'article sont clairs quant à la nécessité d'une loi spécifique à chaque délégation²⁸¹.

226. Dans le cadre de son interprétation de l'article 89, M. CHOKR différencie une concession et un affermage au niveau de la détermination de la durée. Selon lui, une loi spécifique n'est demandée qu'en cas de concession vu l'importance des exigences requises et la différenciation entre un cas pratique et un autre. Or pour les autres contrats de délégation de service public, comme c'est le cas de l'affermage, il serait suffisant de promulguer une loi type pour chaque domaine sans nécessité de voir promulguer à chaque fois une loi spécifique dans la mesure où il n'y aurait pas de nouvelles installations à instaurer et vu le rapprochement qui qualifie l'ensemble des contrats concernant le même type de service.

²⁸¹ CHIHA Ibrahim Abd El Aziz, *Les régimes politiques et le droit constitutionnel*, étude analytique du régime constitutionnel libanais, El Dar Al Jamiya, Beyrouth, 4^{ème} édition, p. 765 ; CHIHA Ibrahim Abd El Aziz, *Traité des dispositions et les principes du droit administratif*, El Dar Al Jamiya, Beyrouth, 1997, p. 769 ; FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, op. cit., p. 470

227. Pour sa part, le Conseil Constitutionnel a exprimé brièvement mais clairement son avis dans sa décision n° 2/2002²⁸² sur la loi n° 393/2002²⁸³ où il considère que si l'article 89 de la Constitution supposait la promulgation d'une loi pour toute délégation ou concession, elle n'a pas exigé une loi spécifique à chaque fois que le même service est délégué tant qu'il existe auparavant une loi qui régit sa délégation en conformité avec l'article 89.

228. Concernant les services publics locaux certains²⁸⁴ continuent à considérer que la délégation d'un service public local nécessite une autorisation préalable ainsi qu'une certification postérieure de la part du gouvernement en application de l'alinéa 5 de l'article 2 de l'arrêté n° 2511 du Haut-commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions*. Ce qui n'est pas trop admissible, non seulement parce que la référence ambiguë au terme « *gouvernement* », qui rendait incertaine l'application de cet arrêté au moment de sa promulgation, ne va pas, à fortiori, la permettre aujourd'hui, mais parce que le décret-loi était clair sur les actes nécessitant l'approbation du gouvernement et les mentionnait restrictivement. Cependant les actes de l'article 50 du décret-loi, qui concernaient indirectement les DSP, ne font pas partie des actes soumis à l'approbation postérieure. Pourtant ce qui complique la situation, c'est l'absence de preuve qui confirme ou infirme cette hypothèse, surtout que la pratique n'a pas montré le recours des collectivités locales à ces types de conventions. L'utilisation de ceux-ci était restée au niveau de l'Etat qui s'en est servi dans les domaines de la production et de la distribution de l'électricité, des ports et des téléphériques²⁸⁵. Cependant, la Cours des comptes a exprimé dans un avis rendu en 2000²⁸⁶, que les contrats de BOT (qui sont considérés au Liban des contrats de DSP comme on va le prouver plus tard) octroyés par le conseil municipal au niveau local nécessitent la promulgation d'une loi les autorisant, alors que le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice

²⁸² CC Lib., du 3 juillet 2002, n° 2-2002, JO n° 40 du 11 juillet 2002, p. 4907

²⁸³ Loi n° 393/2002 du 1^{er} juin 2002, relative à l'autorisation du gouvernement d'octroyer deux délégations pour fournir les services téléphoniques portables, JO n° 31 du 1^{er} juin 2002, p. 3901

²⁸⁴ EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés mixtes, les BOT, la délégation de service public*, op. cit., pp. 99- 100- 103- 104

²⁸⁵ Ibid, p. 96

²⁸⁶ Cour des Comptes Lib., Avis du 18 février 2000, n° 20/2000, site de la cour des comptes libanaise

paraissait confuse sur ce point. Après avoir considéré, dans un premier temps²⁸⁷, que les DSP au niveau local exigent, comme les DSP nationales, d'être octroyées en vertu d'une loi, le département est revenu sur ses pas un mois plus tard²⁸⁸ en considérant que le conseil municipal peut toujours octroyer des DSP conformément à l'article 2 de l'arrêté n° 2511 du 20 mars 1924 après autorisation préalable du gouvernement qui certifie postérieurement le contrat.

229. À notre avis, l'octroi d'une délégation de service public nécessite au niveau local, comme au niveau national, la promulgation d'une loi spécifique à chaque délégation, car, d'une part l'article 89 parle de service public en général et ne se limite pas aux services publics nationaux, et d'autre part, si l'objectif de cette loi c'est la protection du service public, de la propriété publique et des deniers publics, rien n'interdit que le service public local soit aussi important que le service public national et nécessite une protection similaire. Ce qui appuie ce point de vue est que la décentralisation au Liban demeure inachevée. De surcroît, si la Constitution avait interdit au gouvernement lui-même la passation de tels contrats sans l'autorisation du parlement, serait-il logique, qu'elle la permette aux collectivités ? Il serait certainement illogique que les collectivités aient plus d'autorité que le gouvernement lui-même au niveau de la gestion des services publics. Dès lors, on ne peut parler d'une transmission des compétences du parlement, au niveau des services publics nationaux, aux conseils communaux, dans le cadre des services publics locaux. Et tant qu'un grand nombre de contrats municipaux, beaucoup moins importants que la délégation de service public, sont soumis au contrôle du pouvoir de tutelle, les délégations devraient à fortiori être soumises à un contrôle pareil. Et si l'article 50 du décret-loi n° 118 du 30 juin 1977 relatif à la Loi des municipalités²⁸⁹, qui concerne la création et la gestion d'un nombre restrictif de services publics, ne mentionne rien sur l'autorité responsable de l'authentification de tels actes, ce n'est pas parce que le conseil municipal pourrait passer de tels contrats sans restriction, mais c'est parce que le législateur était conscient que l'article 89 est toujours présent et qu'il est inutile de le

²⁸⁷ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 9/10/2000, n° 652/2000

²⁸⁸ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 27 novembre 2000 n° 759/2000, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3261

²⁸⁹ Décret-loi n° 118 du 30 juin 1977 relatif à la *Loi des municipalités*, *JO*. n° 20 du 7 juillet 1977

reprendre puisqu'il s'applique d'office. Ainsi, s'il avait l'intention d'écarter l'application de cet article et de l'interpréter restrictivement comme concernant exclusivement les services publics nationaux, il lui aurait fallu mentionner ceci expressément à l'article 50 du décret-loi.

230. Toutefois, et pour conclure sur ce point, la cour des comptes a rendu en 2008 un avis²⁹⁰ qui réaffirme que les DSP locales exigent la promulgation d'une loi et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement parce que la Constitution en exigeant une Loi pour déléguer les services publics, n'a pas distingué entre service public local ou national, et de ce fait la relativisation du texte est interdite tant que le texte ne la permet pas. Deuxièmement parce que la Constitution est supérieure au texte législatif et donc ses dispositions emportent celles de l'arrêté 2511. Et finalement parce que cet arrêté en soumettant tous les DSP à l'authentification du haut commissaire signifiait la soumission de ces contrats à une validation législative puisque le haut commissaire à l'époque représentait ce pouvoir.

2- La théorie de l'octroi des délégations par décret

231. La règle générale est que toute délégation de service public, qu'il s'agit d'un service public local ou national, nécessite la promulgation d'une loi. Ainsi la délégation ne peut être donnée par voie d'un décret sans marquer une violation de la loi et de la Constitution²⁹¹ ouvrant la voie à un recours d'annulation pour excès de pouvoir²⁹². Pourtant cette règle n'est pas absolue et peut être atténuée par deux pratiques.

La première, renvoie aux lois d'habilitation par lesquels le législatif autorise l'exécutif d'octroyer des délégations de service public par le biais d'un décret. Cette pratique n'est pas moins utilisée au Liban. On cite l'exemple de la loi du 1^{er} Aout 1962²⁹³ *relative aux lignes de transports aériens par moyens des câbles métalliques*, qui dispose dans son troisième article que le conseil des ministres pourra, en vertu d'un décret et sur

²⁹⁰ Cour des Comptes Lib., Avis du 24 juin 2008, n° 46/2008, site de la cour des comptes libanaise

²⁹¹ NASRALLAH Abbas, *Droit administratif spécial*, Dar Bilal, 2012, p. 37

²⁹² C. Cass. Lib., chambre administrative, n° 21 du 20 décembre 1951, *Bulletin judiciaire*, 4^{ème} année, p. 383

²⁹³ Loi du 1^{er} aout 1962 *relative aux lignes de transports aériens par moyens des câbles métalliques*, JO n° 32 du 8 août 1962, p. 1254

proposition du ministre des travaux publics, octroyer une concession de construction et d'exploitation des téléphériques et certifier l'acte de concession. Dans ce cas la durée de la concession serait déterminée par un décret et non par une loi. Pourtant pour la modification de cette durée, la règle principale instaurée par l'article 89 retrouve sa place ce qui exige une intervention législative. Cette hypothèse a été confirmée par le Conseil d'Etat²⁹⁴ pour mettre fin aux interprétations contradictoires.

La deuxième trouve sa source dans l'article 58 de la Constitution libanaise qui dispose que : « *Le présidente de la République peut, par décret pris sur l'avis conforme du Conseil des ministres, rendre exécutoire tout projet de loi qui aura été déclaré urgent par le gouvernement dans le décret de transmission pris sur l'avis conforme du Conseil des ministres et sur lequel la Chambre n'aura pas statué dans les quarante jours qui suivent son inscription à l'ordre du jour d'une séance plénière et sa lecture au cours de cette séance* ».

232. En conséquence, bien que la Constitution ait pris le soin de réserver formellement l'aménagement de certains domaines aux lois telles les dispositions relatives à l'établissement des impôts, du budget, aux emprunts publics et aux concessions, rangées sous le titre des « *Finances* », elle a laissé la porte ouverte à certains échappements en situation d'urgence

233. Il faut reconnaître, en effet, que dans la rédaction de l'article 58, n'apparaît aucun terme dont le sens pourrait impliquer une délimitation quelconque de son champ d'application. Ainsi tout projet de loi avancé par le gouvernement remplissant les conditions exigées par cet article aura force de loi une fois le délai des quarante jours est dépassé, si urgence est justifiée. Dans un sens liminaire, L'octroi d'une délégation de service public peut bien constituer un objet d'un projet de loi urgent. Et en application de cette hypothèse la délégation serait octroyée exceptionnellement en vertu d'un décret. Et par la suite c'est dans ce décret que va figurer la durée limitée de cette convention.

234. L'on est bien en droit, dans ces conditions, de concevoir un doute sérieux sur la constitutionnalité et la légalité à la fois de nombreux décrets mettant en exécution

²⁹⁴ CE Lib., du 28 janvier 1982, *Bulletin judiciaire* 1987, p. 232

des projets de loi revêtus du caractère d'urgence, dont l'objet est de nature à empiéter sur les matières que la Constitution a nommément confinées dans le domaine de la loi,

Le Conseil Constitutionnel apporta une interprétation distincte dans sa décision n° 2/2002²⁹⁵ sur la loi n° 393/2002 autorisant le gouvernement à octroyer deux permis pour fournir les services du téléphone mobile. Dans le cadre de sa défense de la loi, le Conseil juge que cette loi avait fixé les principes et les règles généraux ainsi que la durée de la délégation et n'a laissé au gouvernement que la tâche de prendre les mesures nécessaires pour l'application de celle-ci par la voie d'un décret, ce qui entre nettement dans les compétences du gouvernement en vertu de la Constitution. Par la suite, le Conseil décide que la loi est conforme à la Constitution parce qu'elle n'a pas délégué les compétences du pouvoir législatif à l'exécutif et n'a, de ce fait, pas violé le principe de la séparation des pouvoirs.

Et malgré la restriction des cas dans lesquels la délégation peut être octroyée par un décret, l'Administration n'a pas manqué des moyens de manipulation pour pouvoir faire passer des délégations sans l'approbation du parlement par le biais non seulement des décrets mais aussi des arrêtés ministériels²⁹⁶. Cette pratique a souvent été critiquée en vain par le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice en affirmant la prohibition d'octroyer de tels contrats par le biais de l'exécutif²⁹⁷.

235. Par ailleurs, la question qui se pose lors de la détermination, et qui intéresse surtout les candidats, est de savoir le moment durant lequel cette durée est déterminée.

Paragraphe 2 : La phase de détermination de la durée

236. Mettant à part, le cadre spatial de la détermination de la durée des conventions de délégation de service public, l'encadrement demeure inachevé si le

²⁹⁵ CC Lib., du 3 juillet 2002, n° 2-2002, JO n° 40 du 11 juillet 2002, p. 4907

²⁹⁶ Arrêté ministériel libanais, n° 79 du 19 septembre 1986, exploitation du Resort du Palais du Mir Amin ; Arrêté ministériel libanais, n° 116 du 9 avril 1994, exploitation du Resort de Saida ; Arrêté ministériel libanais, n° 117 du 9 avril 1994, exploitation du Resort de Tyr ; Arrêté ministériel libanais, n° 186 du 18 novembre 1993, exploitation de la Grotte de Jeita.

²⁹⁷ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 29 avril 1999 n° 133/199, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 4263

moment de la détermination reste dissimulé. Parce que divulguer cette phase permet, non seulement de vérifier la partie responsable de sa détermination et sa nature contractuelle, mais aussi de dévoiler l'importance de cette clause dans l'équilibre du contrat, et à l'encontre des autres clauses financières. Donc il est important de déterminer avec précision le moment de la fixation de la durée (A).

237. D'autre part, si la détermination du moment de la fixation de la durée intéresse les candidats et leur assure une égalité, la détermination du point de départ de la durée du contrat (B) est de sa part aussi indispensable puisqu'il profite tant aux usagers qu'à l'Administration qui puisse, à partir de ce point, compter le temps restant pour la fin de la délégation et le retour de son service sous sa propre gestion.

A- Le moment de la détermination de la durée

238. Les textes libanais comme français ont manqué la fixation de cette période. On voit bien que la durée doit être déterminée et ceci avant l'octroi de la délégation. Mais à quel moment précisément ? Face à ce silence législatif la doctrine libanaise ne s'est pas unifiée et l'obscurité des pratiques n'a pas incité le juge libanais à mettre fin à cette incertitude (1). Cependant, le juge administratif s'est efforcé de trouver une solution admissible à la fois par la collectivité et les candidats concurrents à travers une restauration jurisprudentielle (2) des lacunes.

1- L'absence d'unanimité doctrinale libanaise

239. La doctrine au Liban était plus réunie sur l'adoption d'une loi spécifique pour chaque délégation et donc à l'écartement de la loi cadre, cependant elle paraît moins d'accord sur la question de l'antériorité ou la postériorité de la loi. Certains auteurs sont sûrs qu'il s'agit d'une loi d'autorisation antérieure²⁹⁸ à la passation du contrat et que la durée est déterminée dans celle-ci, d'autres sont aussi bien sûrs qu'il s'agit d'une loi d'authentification, postérieure²⁹⁹ à la conclusion du contrat et que la durée est reprise

²⁹⁸ FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, op. cit., p. 471 ; RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, Thèse, Université Libanaise 2000, p. 23 ; CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

²⁹⁹ EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés*

dans celle-ci après qu'elle a été déterminée dans le cahier des charges. D'autres pensent qu'il doit s'agir de deux lois, antérieure et postérieure, et que la durée soit déterminée dans la première et vérifiée dans la seconde et ceci exclusivement pour certains services, surtout les plus importants et fondamentales³⁰⁰. La logique impose, selon ces derniers, la présence de deux lois, une antérieure autorisant le recours à une délégation de service public en posant les conditions et les principes que l'Administration est tenue de respecter, et une postérieure certifiant le contrat passé et vérifiant le respect de l'Administration aux dispositions de la loi d'autorisation. Rappelons au passage, que l'approbation des grandes concessions de l'Etat en France nécessitait l'intervention du législateur³⁰¹ avant l'adoption de la Constitution de 1958 qui a conféré cette compétence au pouvoir réglementaire.

240. L'hypothèse de la loi antérieure suppose la promulgation d'une loi d'autorisation de passation de la convention en déterminant la durée et il revient à l'Administration de choisir librement son contractant et les autres clauses du contrat. A noter que dans certaines lois on peut même trouver le nom du délégataire que le gouvernement a déjà préalablement choisi. Ainsi, la loi sera antérieure au contrat mais pas à l'accord entre les deux parties. Toutefois, cette antériorité ne mettra pas le service public à l'abri et retiendra une certaine dangerosité à l'égard des deniers publics³⁰², car la fixation de l'objet du contrat et de sa durée ne suffiront pas pour empêcher toute tentative de corruption ou de détournement de la loi que peut contenir le contrat. Une vérification postérieure à la conclusion s'avère cependant indispensable surtout si l'on suppose que l'on est vraiment dans une époque de méfiance à l'égard de l'Administration et de fin de la théorie que l'on appelait au Liban théorie de la liberté absolue.

241. Quant à la jurisprudence administrative quoi qu'elle n'ait pas été saisie pour procès ou même avis sur ce sujet, ses magistrats avaient des avis divergents. L'ancien président du Conseil d'Etat Libanais, M. EL KHOURY considérait

mixtes, les BOT, la délégation de service public, op. cit., p. 99

³⁰⁰ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

³⁰¹ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVE Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, op. cit., p. 679

³⁰² MOUROUWE Hiam, *Le droit administratif spécial, les grands services publics et leurs modes de gestion, l'expropriation, les travaux publics, le droit de l'urbanisme*, MAJD, 2003, p. 104

expressément dans son manuel de droit administratif³⁰³ que cette loi ne peut être que postérieure. Le contrat de concession muni de tous ses documents sera soumis au contrôle postérieur du parlement sinon le contrat serait entaché de nullité. D'autres magistrats avaient un avis opposé et considéraient que la loi est antérieure à la passation de la convention³⁰⁴. La loi d'autorisation précisera le bénéficiaire de la délégation octroyée ainsi que sa durée en laissant à l'Administration la tâche de signer le contrat et d'établir un cahier de charges déterminant les droits et les obligations des deux parties³⁰⁵. En revanche, la seule autorité compétente pour intervenir et trancher définitivement ce dilemme est le Conseil Constitutionnel, mais ce dernier n'a jamais été saisi sur ce point malgré l'abondance des lois confiant la gestion des services publics sous forme de délégation.

242. Pour sa part, la pratique des conventions de délégations de services publics au Liban n'a fait emporter aucune des hypothèses sur l'autre, puisque autant qu'il y a des exemples de lois antérieures³⁰⁶, il existe des lois postérieures³⁰⁷. Toutefois, la durée déterminée dans les lois d'autorisation représente parfois la durée maximale permise et non la durée effective du contrat, mais souvent l'Administration et son délégataire ne choisissent pas, dans le contrat, une durée inférieure à celle-ci³⁰⁸. Cependant la totalité des lois d'autorisations antérieures aux années 90 mentionnaient en plus de la durée de la convention le nom du délégataire³⁰⁹ ce qui confirme d'une part, l'hypothèse de la nature

³⁰³ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *La gestion du service public : l'établissement public et les contrats de concession*, op. cit., p. 279

³⁰⁴ JABER Walid, La durée des DSP, entretien du 09/07/2012

³⁰⁵ ABOU RJEILY Khalil Saïid, « Les contrats administratifs au Liban », *RJA*, n° 9, 1996, p. 7, spec. p. 16

³⁰⁶ Loi n° 218/1993 du 13 mai 1993, relative à l'autorisation du Ministère des Postes et Télécommunications libanais de passer un appel d'offre universel pour la réalisation du projet du système radiophonique, *JO* n° 20 du 20 mai 1993, p. 413 ; Loi n° 393/2002 du 1^{er} juin 2002, relative à l'autorisation du gouvernement d'octroyer deux délégations pour fournir les services téléphoniques portables, *JO* n° 31 du 1^{er} juin 2002, p. 3901 ; Loi n° 549/2003 du 20 octobre 2003, relative à la planification, financement, développement, reconstruction et exploitation des raffineries de Tripoli et du Zahrani, *JO* n° 48 annexe du 22 octobre 2003, p. 161

³⁰⁷ Loi du 31 mai 1930 relative à l'authentification de la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Bhamdoun. Le cahier de charge fixant la durée de la concession dans son article 21 date du 17 avril 1930, donc antérieur à la loi ; contrat de gestion et d'exploitation du port de Beyrouth datant de 13 avril 1960 et validé par la Loi du 31 mai 1960

³⁰⁸ Décret n° 8206 du 13 juillet 2002 en application de la loi n° 393/2002 du 1^{er} juin 2002, relative à l'autorisation du gouvernement d'octroyer deux délégations pour fournir les services téléphoniques portables, *JO* n° 40 annexe du 15 juillet 2002, p. 5

³⁰⁹ Loi du 25 mai 1950 relative à l'octroi de l'exploitation de la zone franche à Tripoli, *JO* n° 22 du 31 mai

contractuelle de la durée et son caractère négociable et prouve d'autre part, que même si la loi où figure la durée est antérieure à la passation du contrat, elle reste postérieure à la négociation de la délégation, ce qui veut dire que l'Administration déterminait la durée du contrat par un accord tacite et préalable avec le délégataire qu'elle a librement choisi. Ceci était admis sans aucune contestation, au moins doctrinale, surtout en raison de l'absence de concurrence et la passation des contrats de gré à gré en domaine des DSP. Néanmoins, depuis les années 90 et avec la survenue et le développement de la pratique des BOT dans le système juridique Libanais avec tout ce qui l'accompagne d'exigence de mise en concurrence et de publicité préalable, la détermination de la durée s'est divisée en deux phases : Dans la première, le parlement détermine la durée maximale autorisée dans la dite délégation. Dans la deuxième, la durée serait présentée comme une clause négociable entre l'Administration et son délégataire mais qui est probablement déterminée par la première dans la phase d'appel d'offre mais rien n'interdit qu'elle soit modifiée au cours des négociations. Cependant, aucun procès n'a été enregistré contestant le changement de la durée entre le document de l'appel d'offre et le cahier de charges final et ceci pour la simple raison, comme on vient de dire, que l'Administration adopte souvent la durée maximale autorisée ce qui convient à tous les candidats qui ne présenteront plus, de ce fait, une offre avec une durée inférieure à ce plafond. Le principe de transparence des procédures n'impose pas, au Liban et surtout en matière de délégation de service public, l'établissement de critères de sélection dans la mesure où la collectivité publique choisit librement son délégataire.

243. Pour conclure sur ce point et trancher en même temps la nature de la clause de la durée au Liban, le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice a annoncé dans un avis rendu en 2000³¹⁰ que la durée peut être déterminée aussi bien par le pouvoir législatif que par l'Administration contractante dans l'hypothèse où le législateur habilite cette dernière par le biais d'une loi d'autorisation de passer un contrat de DSP en lui laissant la faculté de déterminer sa durée. Dans le premier

1950, p. 337 ; Loi du 23 mai 1929 *relative à l'usage des cascades de la rivière de Safa pour la production de l'énergie électrique*, JO n° 2239 du 27 mai 1929, p. 2

³¹⁰ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice Lib., Avis du 11 septembre 2000, n° 560/2000 sur la suspension de la durée de la concession d'électricité de Zahlé, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3302, spec. p. 3305

cas, la durée aura le critère réglementaire, dans le second, elle aura le critère d'une clause contractuelle.

2- La restauration jurisprudentielle française

244. La situation en France n'était pas moins ambiguë. L'article 40 de la Loi Sapin devenu article L. 1411-2 du CGCT ne présentait aucune mention concernant le moment de la détermination de la durée dans la convention. Il se contentait d'exiger la fixation de celle-ci par la collectivité sans présenter aucune indication supplémentaire sur les modalités de la fixation.

245. Par ailleurs, il résulte de l'article 38 de la loi codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT et de l'article 1^{er} du décret n° 93-471 du 24 mars 1993 codifié à l'article R. 1411-1 du CGCT que la délégation est soumise à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Les candidats seront sélectionnés en fonction de « *leurs garanties professionnelles et financières* ». Cette publicité doit également préciser « *les modalités de présentation de ces offres* » et mentionner « *les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* ». Une fois les candidatures retenues par la commission d'ouverture des plis, l'article L. 1411-1 ajoute que « *La collectivité adresse à chacun des candidats 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* ». Pourtant ces dispositions n'ont pas le mérite de déterminer fermement si la durée doit figurer parmi les caractéristiques essentielles que doit contenir l'avis d'appel à candidatures ou parmi les caractéristiques devant figurer au document fourni plus tard par la collectivité.

246. Le juge administratif s'est efforcé, et à plusieurs reprises, de trouver une réponse à cette polémique. Sa jurisprudence n'était pas constante, et révélait des montées et des descentes dans la position du juge administratif sur ce point.

Jusqu'à l'an 2000, la durée était déterminée précisément dans l'avis d'appel public à candidatures. On pensait qu'elle constituait l'un des facteurs encourageant ou

décourageant les candidats à présenter leurs offres. Les modèles d'avis d'appel public à candidatures de l'époque³¹¹ reflétaient cette pensée.

247. Dans une première déviation, Le Tribunal administratif de Versailles³¹² considéra que le délégant est tenu, lors de la procédure de publicité ou de recueil des offres, d'informer les candidats des caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations attendues et notamment de la durée de la délégation. Si la mention de la durée ne figure ni dans l'appel public à la concurrence ni dans le dossier de consultation la convention a été passée en violation de ces obligations.

248. Dans une démarche beaucoup plus lente, le Conseil d'Etat jugea, en premier lieu, une procédure comme régulière bien que l'avis d'appel public à la concurrence ne mentionne pas la durée de la convention. Cependant le Conseil d'Etat atténuait sa décision en jugeant que c'est seulement dans la mesure où cette information figurait dans le dossier de consultation remis aux candidats qui ont répondu à l'avis. Ainsi, l'absence de précision de l'avis est levée dès la première phase de consultation. Le commissaire retenait que la durée est au nombre des éléments fondamentaux de la description de la DSP, mais il se posait des questions pertinentes à relever : « *en quoi le fait de ne pas mentionner cette durée dans l'avis d'appel à concurrence a-t-il pu, au stade de cet avis, constituer un manquement concret à une obligation de publicité ou de mise en concurrence ? En quoi cela a-t-il pu dissuader certains opérateurs, ou en mettre inutilement d'autres en mouvement ?* »³¹³

249. En 2003 le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sur l'arrêt AP-HP³¹⁴ considéra que la durée de la DSP ne fait pas nécessairement partie des caractéristiques essentielles de la concession, mais qu'elle continue à devoir être portée systématiquement à la connaissance des candidats présélectionnés avant qu'ils ne

³¹¹ CADIEU Pascal, LE ROY Richard, *La procédure des contrats de délégation de service public*, éditions Territorial- L'essentiel sur, Voiron, avril 1999, p. 43.

³¹² TA Versailles 6 janvier 2000, *Préfet Essonne c/ Vigneux-sur-Seine*, *Droit administratif* 2000, comm n°55, p. 19

³¹³ PIVETEAU Denis, Conclusions sur CE 25 juillet 2001, n° 231319, *Syndicat des eaux de l'Iffernet*, *BJCP* n° 19, novembre 2001, p. 530, spec. p. 533

³¹⁴ PIVETEAU Denis, Conclusions sur CE 28 mai 2003, n° 248429, *AP-HP*, *BJCP*, n° 30, septembre 2003, p. 390

présentent leurs offres. Cette solution n'a pas été vue comme « *un infléchissement* »³¹⁵ à celle de 2001, au contraire, la durée continue à être essentielle devant figurer dans l'avis d'appel à candidatures sauf lorsque cette durée est usuelle.

250. Cependant dans un jugement du tribunal administratif de Marseille, le juge a considéré que « *si la durée de la délégation fait partie des caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations attendues dont les candidats doivent être informés, l'avis d'appel public à la concurrence précise que la durée de la délégation se situe entre treize et dix-huit ans à compter de la notification ; qu'ainsi la procédure n'est pas entachée d'irrégularité sur ce point, aucune obligation n'imposant de préciser une durée ferme* »³¹⁶. Dans la même ligne de pensée, le Conseil d'Etat considéra que si l'autorité délégante a choisi de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à candidature, elle ne peut modifier ceux-ci en cours de procédure sans méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Elle peut simplement préciser le sens et la portée de ces critères³¹⁷. Ceci revient à dire que la collectivité publique n'est même pas obligée de déterminer la durée depuis la phase de l'avis d'appel à candidatures.

Au contraire, cette solution a paru être rejetée par le Tribunal administratif de Caen dans une affaire où la société requérante prétendait qu'en ce bornant à rappeler, dans l'avis de publication à la concurrence, la durée maximale applicable aux conventions de délégations de casinos et en s'abstenant de déterminer la durée de la concession à octroyer, la collectivité aurait méconnu les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT et porté atteinte aux principes d'égalité et de transparence. Le tribunal jugea que la durée maximale ne saurait suffire à renseigner les candidats, pour la présentation de l'offre, sur ce qui constitue une « *caractéristique* » de la convention au sens de l'article L. 1411-1 du CGCT³¹⁸. La cour administrative d'appel de Marseille estima, à son tour, que « *la durée*

³¹⁵ CHEYLAN Frédéric, Conclusions sur TA Caen, 2 mai 2006, n° 0500398, *Société des hôtels et casinos de Deauville*, BJCP, septembre 2006, n° 47, p. 286, spec. p. 288

³¹⁶ TA Marseille, 6 juillet 2005, n° 053889, *Société SOMEDIS*

³¹⁷ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 20 octobre 2006, n° 287198, *Communauté d'agglomération Salon – Étang de Berre – Durance, Contrats et Marchés publics*, n° 12, Décembre 2006, comm. 322, p. 17

³¹⁸ CHEYLAN Frédéric, Conclusions sur TA Caen, 2 mai 2006, n° 0500398, *Société des hôtels et casinos de Deauville*, BJCP, septembre 2006, n° 47, p. 286, spec. p. 288

de la délégation, qui doit être déterminée par la collectivité délégante en fonction des prestations qu'elle demande au délégataire, constitue l'une des caractéristiques quantitatives dont les candidats admis à présenter une offre doivent obligatoirement être informés préalablement au dépôt de leur offre »³¹⁹.

251. Dans sa décision *Musée Rodin*, le Conseil d'Etat jugea que le musée en n'ayant pas fait connaître aux candidats la durée de délégation, « *le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'établissement public (...) en ne portant pas à la connaissance des candidats la caractéristique essentielle de la délégation relative à sa durée (...) avait par conséquent méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence* »³²⁰. Cependant cette jurisprudence fut critiquée³²¹ car en imposant dans un contrat d'affermage, où les investissements à réaliser sont nuls, d'indiquer la durée même prévisionnelle, on contraint le délégant à figer sa mise en concurrence. La durée d'une délégation est fonction de son équilibre financier, c'est pourquoi l'obligation de son indication préalable limiterait « *et l'initiative des candidats et l'amplitude de leurs propositions tarifaires* ». Il serait préférable de laisser aux concurrents la liberté de détermination des investissements qu'ils souhaiteraient réaliser et d'en tirer les conséquences en termes d'équilibre financier et de durée³²².

252. Dans un arrêt du 15 décembre de la même année³²³, le Conseil d'Etat a confirmé le jugement du Tribunal administratif. Dans ce cas d'espèce l'avis d'appel public à la concurrence fixait la durée de la convention à quinze ans, tout en proposant aux entreprises intéressées des options portant sur des durées de dix ou de vingt ans. L'un des moyens avancés par les requérants était l'insuffisance de l'information sur les critères d'appréciation des offres au regard des différentes possibilités de durée. Le juge des référés précontractuels a estimé « *que la collectivité délégante, en fixant, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en*

³¹⁹ ECKERT Gabriel, Note sous CAA Marseille, 26 mars 2007, n° 04MA00412, *Commune Briançon*, «Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2007, comm. 193, p. 29, spec. p. 30

³²⁰ CE, 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodin*, *Rec.* 2008, tables, p. 805

³²¹ LINDITCH Florian, Note sous CE, 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodin*, *JCP A*, n° 31-35, 28 juillet 2008, 2184, p. 26, spec. p. 28

³²² *Idem*

³²³ CE, 15 décembre 2008, n° 312350, Communauté intercommunale des villes solidaires.

proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une offre sur dix ou sur vingt ans, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, n'avait pas donné aux entreprises candidates à la délégation de service public une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres concurrentes »³²⁴. Le Conseil d'Etat considéra qu'en jugeant que l'imprécision qui découlait des documents soumis aux entreprises était susceptible de léser les sociétés requérantes, le juge des référés n'a pas entaché son raisonnement d'erreur de droit, et qu'en « *ayant souverainement apprécié que l'absence de précision quant à la durée exacte de la délégation ne donnait pas aux entreprises candidates une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la communauté intercommunale des villes solidaires avait pour ce motif méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence* »³²⁵.

253. Cependant l'intérêt de cette décision c'est qu'elle confirma l'idée que la durée de la délégation de service public peut ne pas être fixée par la collectivité délégante dans les pièces de la procédure de passation que ce soit dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le cahier des charges de la procédure, mais peut être un des aspects sur lesquels portent la mise en concurrence et la discussion des offres. De surplus, les autorités délégantes peuvent faire de la durée de la convention de délégation de service public qu'elles entendaient conclure un objet de négociation³²⁶ en prouvant que ni le Code général des collectivités territoriales ni le Conseil Constitutionnel n'ont exigé d'indiquer préalablement et exactement la durée de la délégation. En cela le Conseil d'Etat met fin aux hésitations des juges du fond. Ce qui compte pour le juge c'est que la collectivité délégante veille, lorsque la détermination de la durée de la délégation de service public est soumise à la concurrence, à apporter aux entreprises candidates « *une information*

³²⁴ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, «La mise en concurrence peut porter sur la durée de la délégation de service public», *Contrats et Marchés publics* n° 2, février 2009, comm. 58, p. 31.

³²⁵ Ibid, spec. p. 32

³²⁶ DIEU Frédéric, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, et CE, 4 février 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, « De la durée fixée à la durée négociée - L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 18, 27 Avril 2009, 2102, p. 27

suffisante sur les critères d'appréciation des offres ».

254. Toutefois, le Conseil d'État considéra que la collectivité peut indiquer les durées potentielles de la délégation au regard desquelles s'exerce la concurrence, à condition que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle empêcherait les candidats de présenter utilement une offre et que donc la publication d'une durée « *fourchette* » dans l'avis d'appel public à la concurrence n'est pas interdit³²⁷. Il apparaît donc que l'autorité délégante n'est pas tenue, dès la procédure de passation, de fixer une durée contractuelle fixe et invariable. Elle peut prévoir une durée plafond assortie de plusieurs options plus courtes. Ce n'est donc qu'au stade de la négociation des offres que sera choisie la durée précise et ferme du contrat « *puisque c'est seulement à ce stade, et même à l'issue de ce stade, que seront connues les prestations ou les investissements demandés au délégataire* »³²⁸.

255. À la vue de cette décision, la collectivité publique est dorénavant invitée, dans le cas d'une proposition d'une durée contractuelle plafond, d'indiquer clairement, outre les précisions apportées sur les critères de sélection, qu'il s'agit d'une durée maximale et que les offres pourront proposer une période d'exécution plus courte. Dans sa décision du 21 mai 2010, le Conseil d'État considéra que « *la solution la plus sécurisante consiste d'ailleurs pour l'autorité délégante à proposer différentes durées en fonction desquelles, et dans la limite de la durée plafond, les candidats pourront formuler leur offre* »³²⁹. En l'espèce, le Conseil d'État a écarté le moyen tiré de la différence de rédaction entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation parce qu'il a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une durée plafond mais d'une durée ferme.

Pourtant le Conseil d'État avait déjà confirmé cette idée à l'avance en décidant que « *pour assurer le respect des principes généraux du droit de la commande publique, la*

³²⁷ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 4 février 2009, n° 312411, *Communauté urbaine d'Arras*, « Durée de la délégation de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2009, comm. 142, p. 35

³²⁸ DIEU Frédéric, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, et CE, 4 février 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, « De la durée fixée à la durée négociée - L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », art. prec., spec. p. 29

³²⁹ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune Bordeaux / Société Les Nouveaux Golfs de France*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 39, 27 Septembre 2010, 2291, p. 28, spec. p. 31

personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ; et la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques prévoient seulement que, après avoir dressé la liste des candidats admis à présenter une offre, la collectivité publique « adresse à chacun des candidats 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 », est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres »³³⁰. Le Conseil d'Etat jugeait, contrairement à la conclusion du rapporteur, que, pour respecter le principe de la libre négociation, il ne serait pas nécessaire à cette phase de fixer une hiérarchisation ou pondération³³¹. Ainsi la collectivité publique n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de des critères de sélection des offres. Elle choisit le délégataire, après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées³³². Cependant ce qui est intéressant à relever, est que le Conseil d'Etat avait jugé que l'avis d'appel à candidatures ou le règlement de consultation doit indiquer les critères de sélection des offres. Donc la durée peut être déterminée tant dans l'une que dans l'autre, la seule exigence étant que les candidats en soient informés avant le dépôt de leurs offres.

Dans le même sens, un arrêt plus récent rendu par la Cour d'Appel de Marseille affirme que la durée de la convention de délégation de service public à conclure peut ne pas figurer, à priori, ni dans l'avis d'appel à la concurrence ni dans le dossier de consultation des entreprises. Ces deux documents peuvent se contenter uniquement de l'indication d'une durée minimale³³³

³³⁰ DREYFUS Jean-David, Note sous CE du 23 décembre 2009, n° 328827, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », *AJDA*, 2010, p. 500

³³¹ *Idem*

³³² DREYFUS Jean-David, Note sous CE du 23 décembre 2009, n° 328827, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », art. prec., spec. p. 502

³³³ UBAUD-BERGERON Marion, Note sous CAA Marseille, 15 mars 2013, n° 10MA01965, *Société*

256. Toutefois, au cours des négociations, les candidats sont autorisés à modifier leurs offres³³⁴. Mais la liberté de négociation n'est pas absolue. Elle trouve sa limite dans le contenu du document descriptif des prestations et dans l'obligation de respecter le principe d'égalité entre les candidats. « *Seules les modifications non substantielles peuvent être apportées aux conditions fixées initialement et en ce cas tous les candidats doivent être mis à même de modifier leurs offres* »³³⁵.

B- Le point de départ de la durée

257. Il est vrai que la détermination de la durée s'opère par la connaissance de son terme, mais aussi par son point de départ qui doit être précisément fixé³³⁶. Dans le cas contraire, la convention peut être considérée comme non limitée dans sa durée, ce qui est contraire au premier alinéa de l'article L. 1411-2 du C.G.C.T. selon lequel les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Par ailleurs, il peut s'agir de cas évidents (1) où le point de départ est bien déterminé à l'avance, mais il peut y avoir certains cas plus complexes (2) où seul le juge administratif a pu le déterminer.

1- Les cas les plus évidents

258. Avant 1982, le point de départ, à la fois, pour les contrats de concessions et d'affermage était la date de l'approbation du contrat par l'autorité compétente, à savoir l'autorité de tutelle pour les contrats passés par les collectivités locales³³⁷. Cette référence figurait dans certains cahiers de charges-types de concession³³⁸ et d'affermage³³⁹. À noter que cette approbation, qui est normalement expresse, pouvait être tacite, si à l'échéance

ADPRY, *Contrats et Marchés publics* 2013, comm. 172

³³⁴ CASAS Didier, Conclusions sur CE 9 août 2006, *CGE*, *BJCP* n° 49/ 2006, p. 448.

³³⁵ PIVETEAU Denis, Conclusions sur CE 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin de Re*, *BJCP* 2001, n° 18, p. 415

³³⁶ CAA Bordeaux, 15 novembre 1999, *Savary et Teisseire*, n° 97BX02131, in DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 301

³³⁷ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVE Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., Tome 2, p. 679

³³⁸ Article 13 du décret n° 66-36 du 6 janvier 1966, *cahier des charges type des concessions d'opération de construction à usage locatif*, *JO* du 9 janvier 1966, p. 289, spec. p. 290

³³⁹ Article 22 du décret du 28 novembre 1953, *cahier des charges général pour l'affermage de gares routières publiques de voyageurs*, *JO* du 6 décembre 1953, p. 10886, spec. p. 10888 ; Décret du 16 octobre 1981, *cahier des charges type pour l'exploitation par affermage d'un service d'assainissement*, *JO* du 23 octobre 1981, p. 9383.

du délai accordé à l'autorité compétente pour émettre son approbation aucune décision n'était intervenue. La loi de décentralisation est venue mettre fin au système d'approbation tacite et expresse. Ainsi, la référence à cette date pour détecter le point de départ de la durée de la convention n'est plus valable. Au surplus, les cahiers de charges types n'ont plus désormais qu'un critère indicatif qui servira comme modèle aux collectivités territoriales sans aucune obligation de s'y conformer. Par ailleurs, certains cahiers stipulaient que la durée est fixée à partir du moment de la signature de la convention : « à partir de la date d'intervention de l'acte de concession »³⁴⁰. D'autres déterminaient le point de départ de la durée en fonction de la mise en service des installations ou de la mise à la disposition du cocontractant des installations affectées au service : « année de la mise en service de la moitié de la longueur de l'autoroute »³⁴¹. Cette date pouvait même être déterminée par les parties contractantes³⁴².

259. Au Liban, la situation est à peu près semblable, il n'existe pas une seule règle de détermination du point de départ de la durée de la convention mais souvent celle-ci est fixée dans la loi d'octroi de la délégation. Ainsi celle-ci est souvent liée à la date d'authentification du contrat³⁴³. Pourtant la référence à la loi d'authentification figure dans le cahier de charge lui-même ou dans le contrat de concession³⁴⁴. Dans ce cas, et sauf stipulation contraire, la durée commence à couler à partir de la promulgation de la loi et n'aura aucun rapport avec le début ou la fin des travaux et il faut de ce fait revenir à cette date là pour déterminer la fin de la délégation. Cependant au cas où la durée est déterminée par la loi elle-même, cette dernière peut disposer que le compteur est mis en marche à partir de la date de la promulgation ou bien d'une date postérieure qui sera bien déterminée.

³⁴⁰ Article 31 du décret n° 48-450 du 16 mars 1948, *Cahier des charges général pour les concessions de gares routières de voyageurs*, JO du 19 mars 1948, p. 2770, spec. p. 2773.

³⁴¹ Article 36 du décret du 12 mai 1970, *Cahier des charges de la construction et de l'exploitation des autoroutes A. 10 et A. 11*, JO du 13 mai 1970, p. 4509, spec. p. 4515

³⁴² Article 3 de la circulaire du 23 novembre 1982, *Modèle de contrat pour la distribution d'énergie par concession*, JO du 5 mars 1983, p. 2392

³⁴³ Article 21 du cahier des charges de la concession de distribution de l'énergie électrique à Bhamdoun, du 17 avril 1931

³⁴⁴ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice Lib., Avis du 14 septembre 2000, n° 597/2000 sur l'ajournement du point de départ de la durée de la concession octroyée à la société d'électricité de Jbeil, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3306

Il arrive aussi que le point de départ de la durée soit fixé dans le contrat lui-même ou bien même le contrat pourrait faire référence, pour la détermination du point de départ, à un décret qui serait élaboré par l'Administration³⁴⁵. Et cette date peut bien être différente de la date de signature du contrat.

2- Les cas un peu plus complexes

260. Généralement, les conventions de délégation de service public entrent en vigueur dès leur signature et leur transmission au contrôle de légalité. Il n'est pas normal, qu'une convention puisse adopter une durée qui commence à courir à une date antérieure au commencement d'exécution³⁴⁶, mais semble bien pouvoir fixer le point de départ de leur durée à une date postérieure³⁴⁷. Cependant la seule condition exigée, est que celui-ci soit déterminé avec suffisamment de précision. À défaut de précision, le juge administratif se permet d'annuler la procédure de passation de cette délégation car une telle ambiguïté portera atteinte à l'article L. 1411-2 du CGCT aux termes duquel « *les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée* ».

Tel était le cas d'une convention dont une clause indiquait que la durée du contrat « *commence à courir seulement à compter du premier jour du semestre civil suivant la date de mise en exploitation intégrale* » des immeubles dont la rénovation était prévue alors que les délais d'exécution de ces obligations n'étaient ni déterminés ni déterminables. En effet la cour d'appel de Bordeaux³⁴⁸ avait considéré « *qu'aux termes de l'article 15 du traité de concession litigieux, « compte tenu des caractéristiques particulières de l'opération [...], le présent contrat prendra effet le 1^{er} avril 1996. Il aura une durée de trente ans commençant à courir seulement à compter du premier jour du semestre civil suivant la date de mise en exploitation intégrale de l'ensemble du dispositif décrit à l'article 11* » ; *qu'en vertu des stipulations dudit article 11 le déroulement des travaux comprend six phases dont une phase 5 (début des travaux de rénovation du bâtiment de la halle B en fonction de sa destination définitive précisée par l'avenant prévu à l'article 66) et une phase 6 (remise des bâtiments à la collectivité en toute*

³⁴⁵ NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, op. cit., p. 27

³⁴⁶ CE, du 4 février 1991 *Ville de Caen*, Rec. CE Tables p. 755

³⁴⁷ CE, 4 juillet 1975, *Société générale technique*, Rec. CE, tables p. 1129

³⁴⁸ CAA Bordeaux, 15 novembre 1999, n° 97BX02131, *MM. Savary et Teisseire*, AJDA 2000 p. 271

propriété dès leur achèvement et mise en exploitation progressive puis intégrale de la halle B) ; qu'en l'absence de toute précision, d'une part, quant à la date à laquelle la destination définitive de la halle B devait être précisée, d'autre part, quant aux délais dans lesquels les travaux de rénovation du bâtiment de ladite halle devaient commencer, et, enfin, quant au délai dans lequel la mise en exploitation de la même halle devait intervenir, le traité de concession ne peut être regardé comme limité dans sa durée ; qu'ainsi l'article 15 de ce traité ne répond pas aux exigences posées par l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 précité ; qu'en approuvant ledit article, lequel présente un caractère indissociable des autres clauses eu égard à l'économie générale du contrat, le conseil municipal a entaché sa délibération d'illégalité »³⁴⁹

261. La solution au Liban est plus simple mais beaucoup plus dangereuse. En effet l'absence de détermination du point de départ de la durée de la convention, n'affecte pas cette dernière qui ne sera pas entachée de nullité. Il revient, dans ce cas, au juge administratif de prendre sur lui cette mission. À noter que le juge ne peut intervenir d'office mais il serait obligé d'attendre qu'un litige aura lieu entre les contractants. Cette observation n'est ni justifiée ni conforme à l'esprit de l'article 89 et il serait peut être temps que le juge administratif se comporte comme un vrai juge du contrat et sanctionne les contrats qui ne mentionnent pas clairement leur point de départ.

Dans sa décision, le Conseil d'Etat libanais avait considéré que l'Administration pourrait ajourner, pour une durée n'excédant pas un an, l'exécution des travaux publics conformément à l'article 34 du cahier des charges et des dispositions générales. Il s'agit d'un des privilèges de l'Administration qui ne lui fait supporter une responsabilité pour faute³⁵⁰. Ainsi dans les conventions de délégations de service public nécessitant l'accomplissement de certains travaux avant la gestion du service, l'Administration pourra renvoyer le début de ces travaux jusqu'à un an et ainsi renvoyer le point de départ de la durée un temps équivalent. Cependant ce droit n'est pas absolu et l'Administration est soumise à une obligation d'indemniser son délégataire pour ce retard. Et une fois, la durée d'un an est dépassée sans que l'autorisation de commencement de l'exécution soit

³⁴⁹ CAA Bordeaux, 15 novembre 1999, n° 97BX02131, *MM. Savary et Teisseire*, *AJDA* 2000 p. 271

³⁵⁰ CE Lib., n° 117 du 2 juillet 1987, *RJA* 1989, p. 196

donnée, le délégataire pourrait demander la résiliation du contrat sur la charge de l'Administration³⁵¹.

262. Que ce soit au niveau de la place de la durée ou aussi et surtout au niveau de la phase de la détermination de la durée et son point de départ, la variété des décisions rendues par les juridictions libanaises et françaises ainsi que les différents points de vue doctrinaux mettent en évidence l'ampleur de ce problème, montrent l'embarras qui affecte les juridictions en raison de l'absence de l'unanimité, et reflètent en particulier l'importance de la détermination de cette clause et l'absence d'accord sur son rôle et sa place vis-à-vis de la collectivité, le délégataire et le service public.

Pourtant étudier la détermination de la durée revient automatiquement à étudier les encadrements de sa prolongation tout le long de l'exécution du contrat, car prétendre limiter la durée des DSP sans engager la question de leur prolongation aurait en effet sérieusement obéré l'efficacité de la Loi du 29 janvier 1993.

Section II : Le raffinement de l'encadrement

263. Avant l'intervention de la Loi Sapin, les délégations de service public pouvaient être renouvelées ou prolongées au delà du terme initialement prévue sans aucune contrainte à part le consensus des parties contractantes. Cette situation assurait, en pratique, aux délégataires une gestion perpétuelle du service qu'ils ont une fois détenue. Cette prolongation et ce renouvellement peuvent bien intervenir au cours de l'exécution du contrat ou également au moment de son expiration. Ainsi les parties expriment leur volonté de renouveler ou de prolonger le contrat par le biais d'un avenant à la convention³⁵².

264. Pourtant l'arrivée de la Loi Sapin va renverser les règles. Après des années de reconductions incontrôlées des conventions ainsi de la mise sur la charge du délégataire des dépenses injustifiables, on assistera à la suppression des pratiques désormais inappropriées (paragraphe 1). Toutefois, pour des raisons liées à l'intérêt du

³⁵¹ Tribunal administrative spécial, du 15 décembre 1958, *Recueil AL CHIDIAC*, 1959, p. 13

³⁵² DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, op. cit., p. 685.

service, la prolongation de la convention est maintenue (paragraphe 2). Mais cette prolongation ne ressemble en aucun cas à la prolongation connue auparavant. Si les contractants pouvaient prolonger infiniment la délégation sans être soumis à aucune obligation de forme ou de fond, la loi Sapin a dressé un encadrement de cette prolongation au delà duquel toute prolongation serait jugée inadmissible et par la suite abrogée par le juge du contrat.

Paragraphe 1 : La suppression des pratiques inappropriées

265. Dans le but de garantir la périodicité de la mise en concurrence, la Loi Sapin a choisi de limiter rigoureusement leur durée. Il s'est avéré nécessaire de mettre fin à la situation malade qui gouvernait la pratique des délégations de service public et qui se manifestait par les reconductions continues des contrats en cours. L'autorisation de prolongation et du renouvellement figurait normalement dans les cahiers des charges types³⁵³ qui prévoyaient de tels changements. Dans le cas contraire ils n'étaient admis que d'une façon exceptionnelle, étant donné que le contrat devait être exécuté durant la durée prévue initialement³⁵⁴. Pourtant la forme la plus reconnue de l'autorisation de la prolongation et du renouvellement est la disposition présente dans le contrat lui-même.

Cette pratique de renouvellement a été strictement prohibée (A) à partir de la loi du 29 janvier 1993. D'ailleurs, elle n'était pas la seule pratique défendue par la loi. Il en est de même pour la pratique des droits d'entrée versés par le candidat pour réserver sa place dans la délégation à mener. Ceux-ci ne seront autorisés que s'ils sont justifiés (B)

A- La stricte prohibition de la reconduction

266. La rédaction initiale du projet de loi entendait interdire absolument toute clause de reconduction tacite et expresse, pourtant la rédaction finale marqua un renoncement parlementaire (1) à cette interdiction. Toutefois, c'est l'initiative

³⁵³ Article 28 du décret n° 60-1288 du 22 novembre 1960, *Cahier des charges type pour les concessions de distribution publique d'énergie électrique*, JO du 5-6 décembre 1960, p. 11905 ; Article 26 du décret n° 61-1191 du 27 octobre 1961, *Cahier des charges type pour les concessions de distribution publique de gaz*, JO du 3 novembre 1961, p. 9996, spec. p. 10001

³⁵⁴ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, op. cit., p. 686

jurisprudentielle (2) qui assura une application correcte de ce principe.

1- Un renoncement parlementaire

267. Juste avant 1993, rien n'interdisait de prévoir, dans une convention de délégation de service public, une tacite reconduction pour des périodes indéterminées. Les exemples justificatifs³⁵⁵ sont très nombreux : D'abord, les décrets du 13 août 1947 et du 19 avril 1952 concernant les cahiers des charges types applicables au service extérieur des pompes funèbres, qui stipulaient que les concessions seront reconduites tacitement, sauf dénonciation un an au moins avant l'expiration du contrat. L'on peut évoquer aussi l'article 28 du cahier des charges type pour les concessions de distribution publique d'énergie électrique³⁵⁶ qui dispose que : « *le renouvellement de la concession doit intervenir un an au moins avant la date de son expiration. L'autorité concédante a le droit de ne pas renouveler la concession si le maintien du service ne présente plus d'intérêt soit par suite des circonstances économiques ou techniques de caractère permanent soit parce que l'autorité concédante juge préférable d'organiser un service nouveau. L'autorité concédante doit, sous peine de forclusion, notifier son intention de ne pas renouveler la concession deux ans au moins avant son expiration* ». Ensuite, la convention type pour la gestion « *aux risques et périls* » des services de transports publics d'intérêt local énonçait que le renouvellement se fera par tacite reconduction, sauf dénonciation par l'une des parties adressée à l'autre avant l'expiration de la période en cours (décret n° 81-328 du 10 mars 1981, *portant approbation de conventions types et de cahiers des charges types pour l'exploitation des services de transports publics d'intérêt local*). On signalera encore le contrat-type relatif à l'exécution de services de transports d'élèves soumis aux dispositions du décret du 4 mai 1973, on cite aussi l'arrêté du 12 juin 1973, qui disposait dans son article 9 que le contrat peut être renouvelé par tacite reconduction « *au cas où l'autorisation préfectorale est elle-même reconduite* » et sauf dénonciation par l'une ou l'autre partie 105 jours au moins avant la date prévue pour la rentrée scolaire de l'année suivante.

³⁵⁵ Idem

³⁵⁶ Article 28 du décret n° 60-1288 du 22 novembre 1960, *Cahier des charges type pour les concessions de distribution publique d'énergie électrique*, JO du 5-6 décembre 1960, p. 11905

En suivant la même ligne de pensée, le Conseil d'Etat considérait³⁵⁷ que lorsqu'il s'agit d'une reconduction tacite qui n'a pas été sujet d'une contestation d'aucune des deux parties, il convient de tenir en compte de la durée résultant du renouvellement pour savoir le terme du contrat.

268. Dans certaines hypothèses, le renouvellement ne pouvait être que expresse et conforme à certains critères de forme. Par exemple le décret n° 64-829 du 30 juillet 1964, énonçait dans son article 23 que : « *avant le début de la dernière année d'application de la convention, les deux parties devront se faire mutuellement savoir si elles désirent ou non reconduire la présente convention. Dans le cas d'un accord mutuel pour la reconduction, un avenant précisant notamment la durée de la période de reconduction devra être signé par les deux parties avant les neuf derniers mois d'application de la convention* »³⁵⁸.

269. Si ces exemples de cahiers de charges montrent une chose, c'est que normalement le renouvellement était automatique. Donc le renouvellement était le cas général, et le non renouvellement l'exception. C'est pourquoi, c'était en cas de non renouvellement que les deux parties devaient manifester clairement leur volonté et non en cas contraire.

Cette pratique malade faisait des DSP des contrats viagers. Ainsi la première étape vers un régime transparent qui met en relief l'égalité et la concurrence commence par une limitation, voire une prohibition de ce type de clause.

270. Un retour rapide aux débats parlementaires manifeste une énigme qui n'a jamais été révélée. L'article 28 du projet de loi dans sa version d'origine dispose que « *Les conventions de délégation de service public ne peuvent comporter de clause, ni faire l'objet de reconduction tacite ou expresse, Toute clause de ce type, y compris celles qui figurent dans des conventions en cours d'exécution, est réputée non écrite* ». Cette rédaction était nette, elle conduisait non seulement à interdire ce type de clause dans les conventions à venir, mais aussi à interdire rétroactivement leur présence dans les contrats

³⁵⁷ CE 27 janvier 1960, *Société du Casino et des bains de mer de la ville de Dieppe*, AJDA 1960.II, n° 157, p. 188

³⁵⁸ Article 23 du décret n° 64-829 du 30 juillet 1964, JO 9 août 1964, p. 7349, spec. p. 7352

en cours. Et si les deux chambres n'étaient pas totalement d'accord sur l'interdiction des clauses de reconduction expresse, elles s'étaient, au moins, consenties sur l'interdiction des clauses de reconduction tacite. Et pourtant, la rédaction finale de cet article a omis cette interdiction qui a été supprimée lors de la dernière lecture par l'Assemblée nationale suite à l'amendement n° 95 présenté par le gouvernement et adopté inopinément sans aucune contestation. « *Malgré ce silence, et compte tenu des débats précédents, on peut estimer que c'est donc en pleine connaissance de cause que le gouvernement prit sa décision puisqu'il avait auparavant formellement défendu le principe de l'interdiction de ce type de clauses alors que Sénat et Assemblée nationale étaient d'accord pour interdire au moins les clauses tacites. Ainsi, les clauses de tacites reconductions n'ont pas été rétroactivement supprimées et, à défaut de cette législative rétroactive, peuvent donc encore produire leurs effets* »³⁵⁹.

271. Dès lors, l'on peut distinguer trois situations. La première concernant les contrats signés avant le 29 janvier 1993, la deuxième, les contrats conclus entre le 29 janvier 1993 et le 31 mars 1993 mentionnée à l'article 47 de la loi, et enfin les contrats conclus après le 31 mars 1993. Les contrats signés avant l'entrée en vigueur de la loi n'y sont pas soumis, notamment pour ce qui concerne les clauses de tacite reconduction y figurant expressément. Ce qui implique que l'Administration ne pourra réduire la durée des contrats en cours ni interdire leur reconduction sauf si elle utilise son droit de modification unilatérale, sous réserve impérative d'indemniser son délégataire. Pourtant, l'absence de la clause expresse de tacite reconduction dans le contrat, suscitera, pour le renouvellement dudit contrat, la conclusion d'une nouvelle convention et par la suite, l'application de la Loi Sapin. Les contrats signés entre l'entrée en vigueur de la loi et le 31 mars 1993 sont soumis forcément à l'article 40 de la loi.

272. Une interprétation correcte de l'article 89 de la Constitution libanaise aurait sûrement interdit les reconductions des conventions de DSP que ce soit d'une manière tacite ou expresse, puisque le seul objectif de faire distinguer la durée des autres clauses de la convention et de la faire figurer dans l'article 89, était de limiter cette durée

³⁵⁹ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 2^{ème} partie, art. prec., p. 4.

pour interdire toute tentative de privatisation. Donc si la durée doit être limitée, c'est que la reconduction est interdite dans toutes ses formes. Pourtant les cahiers de charges des anciennes concessions imposaient au délégant d'informer leurs délégataires un ou deux ans avant la fin de la concession de leur volonté de récupérer le service. Ce qui montre que la reconduction était automatique !

273. Ainsi au Liban, le contrat pourrait bien contenir une clause autorisant la reconduction tacite ou expresse. S'il s'agissait d'une clause de tacite reconduction, il revient à la partie renonçant au renouvellement, de le signaler expressément à l'autre partie et ceci au moment déterminé dans le contrat lui-même. À défaut de déclaration, le contrat serait renouvelé automatiquement. Et s'il s'agissait d'une clause de reconduction expresse, la partie désirant le renouvellement devrait respecter la procédure signalée dans le contrat. Dans certains cas, le contrat ne stipulait pas la possibilité de reconduction, mais, cette absence n'interdit pas les parties de se mettre d'accord sur la reconduction du contrat par le biais d'un avenant intervenant au cours de son exécution ou à son terme³⁶⁰.

2- Une initiative jurisprudentielle

274. Dès lors, en vertu de la Loi Sapin, et sans le dire, il n'est plus possible d'insérer dans une convention de DSP une clause autorisant la reconduction du contrat faute de porter atteinte au principe de la transparence et de la périodicité des conventions. De surcroît, l'apparition de critères déterminés de prolongation suppose, implicitement, l'interdiction des clauses de reconduction tacite et même expresse. Elles auraient pour conséquence de détourner la transparence initiale en évitant l'appel à de nouvelles offres. Par contre, la loi n'a pas d'effet rétroactif au regard des contrats intervenus avant son application et permet donc le jeu des tacites reconductions pour ces contrats si celles-ci ont été prévues au contrat initial.

275. Cependant, concernant les clauses de tacite reconduction contenues dans les conventions signées avant l'entrée en vigueur de la Loi Sapin, la pratique était beaucoup plus conforme avec l'esprit de la loi, qui voulait la limitation de cette pratique

³⁶⁰ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *la gestion des services publics, l'établissement public et les contrats de concession*, op. cit., p. 368

nonobstant l'antériorité du contrat à la loi, que le texte lui-même. En effet, une réponse ministérielle affirma que les dispositions contenues dans cette loi visant à limiter la durée des conventions sont d'interprétation stricte. Dans tous les cas de prolongation, quelle qu'en soit la forme, au terme de la dernière reconduction intervenue avant le vote de la loi, la collectivité délégante devra, en raison du renouvellement de la délégation, procéder aux formalités de publicité et de mise en concurrence³⁶¹.

276. Selon la commission centrale des marchés, le Conseil d'Etat se serait prononcé dans ce même sens dans un avis du 27 juin 1996³⁶². En effet, le juge administratif considérait de longue date que la tacite reconduction donne lieu à un nouveau contrat³⁶³. En conséquence, ce dernier ne pourra être conclu que s'il est conforme à la législation en vigueur.

277. Le Conseil d'Etat n'a manqué aucune occasion pour montrer qu'il relève des dispositions d'ordre public de la loi Sapin relatives à la procédure de passation des délégations de service public et à leur durée, la nullité des clauses de tacite reconduction. L'affaire *Commune Paita*, reflète, effectivement, cette affirmation. Alors que la cour d'appel considérait que la tacite reconduction n'est que la continuation des mêmes engagements de l'ancien contrat, et que l'accord exprimé, lors de la conclusion du contrat, vaudrait jusqu'à la dénonciation du contrat, puisque cet accord porte également sur les éventuelles tacites reconductions ultérieures, Le Conseil d'Etat avait un avis totalement différent. Il considéra que le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat. En effet, le jeu de la clause de tacite reconduction réduirait considérablement la portée des formalités de passation des DSP et placerait le cocontractant, ayant emporté le service au terme de la procédure initiale, à l'abri de ses concurrents, tout au moins aussi longtemps que la collectivité publique ne dénoncerait pas le contrat³⁶⁴. c'est pourquoi le Conseil d'Etat décida que la « *clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passée qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues*

³⁶¹ RM, n° 3976, *JOAN Q*, Débats parlementaires, 20 septembre 1993, p. 3085.

³⁶² CE, avis du 27 juin 1996, *Contrats et Marchés publics*, n° 3/97, p. 4.

³⁶³ CE, 25 mai 1951, *Dobroukness*, *Recueil*, p. 291 ; CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-fleury*, *Recueil*, p. 226 ; TA Poitiers, 19 oct. 1995, *Préfet de la Charente-Maritime*, *CJEG*, 1996, p. 273

³⁶⁴ CE 29 novembre 2000, n° 205143, *Commune de Paita*, *AJDA* 2001, p. 101

par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations ; qu'une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul ». Cette solution se range dans la ligne de l'évolution actuelle du droit des contrats en réduisant fortement l'utilité des clauses de tacite reconduction. Cette position a été confirmée à propos d'un contrat d'exploitation d'un port de plaisance conclu en 1986. En effet, la cour administrative d'appel, dans sa décision du 23 janvier 2003, adopta un raisonnement en trois temps³⁶⁵. Elle considéra, d'abord, que le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction est un nouveau contrat. Ensuite, elle qualifia cette nouvelle convention, par laquelle une commune confie à un prestataire l'exploitation d'un port de plaisance, de délégation de service public. La cour précisa enfin l'impact de l'entrée en vigueur de la Loi Sapin sur les conventions en cours d'exécution. Elle jugea que les clauses de tacite reconduction contenues dans des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi Sapin ne peuvent plus recevoir d'application. *« Les collectivités publiques sont désormais tenues de s'opposer à la reconduction des contrats ; elles sont en situation de compétence liée »*³⁶⁶.

Ainsi, d'après cette interprétation jurisprudentielle, le principe de limitation de la durée entraînera la nullité des clauses de tacite reconduction et ceci quand bien même ces clauses auraient été stipulées dans une convention conclue antérieurement à l'adoption de la loi Sapin. Le Conseil d'Etat le rappelle explicitement, encore une fois, dans son avis du 19 avril 2005 : *« il résulte du principe de durée limitée des délégations de service public que les clauses de tacite reconduction qui peuvent y figurer sont nulles et privées de tout effet »*³⁶⁷.

278. Une réponse ministérielle affirmera l'hypothèse de l'application immédiate de l'article L. 1411-2 aux délégations dévouées avant l'intervention de la Loi Sapin. Ainsi cette application immédiate a pour mérite d'éviter, par le jeu des clauses de

³⁶⁵ DREYFUS Jean-David, Note sous CAA Marseille, 23 janvier 2003, *Commune de Six-Fours-les-plages*, *AJDA*, 2003, p. 1161.

³⁶⁶ *Idem*

³⁶⁷ Avis du Conseil d'État, section des travaux publics, n° 371234 du 19 avril 2005, EDCE, p. 197, spec. p. 199

reconduction, la création d'un cas de prolongation des délégations de service public non prévu par la loi, et contraire au principe de limitation de la durée des délégations qui la sous-tend³⁶⁸.

B- L'autorisation justifiée des droits d'entrée

279. Parmi les pratiques contestées, auxquelles la Loi Sapin est venue remédier, figure celle des droits d'entrée qui constitue une atteinte, aussi grave que la pratique de la reconduction, aux principes de l'égalité, de la transparence et de la mise en concurrence. Ainsi, le législateur avait bien fait de poser une limitation textuelle de cette notion (1) en n'autorisant que les droits d'entrée justifiés, mais c'est aux éclaircissements jurisprudentiels (2) que revient le mérite d'encadrer son application.

1- La limitation textuelle de cette notion

280. Il s'agit d'une ancienne notion qui consiste, pour une entreprise désirant l'obtention d'une concession ou d'un affermage, et afin de convaincre la collectivité délégante de lui confier la gestion du service, à s'engager à réaliser des travaux ou à verser au budget de la collectivité une contribution « *volontaire* »³⁶⁹, voire à prendre en charge certains services ou dettes, quitte ensuite à répercuter sur le prix facturé les charges correspondantes. Cette pratique s'est allègrement amplifiée en raison surtout des difficultés financières que rencontraient de nombreuses collectivités désireuses de fournir rapidement à leurs citoyens certains équipements difficiles à financer. Reconnue sous le nom de droit d'entrée, cette pratique ne soulevait « *pas de contestation sérieuse de la part des usagers, eu égard à la relative modicité du prix du service rendu, le coût de la contribution du délégataire étant généralement épongé par les gains de productivité* »³⁷⁰. Elle n'a jamais été interdite, au contraire elle a été autorisée et organisée par certains textes, voire par la jurisprudence³⁷¹.

³⁶⁸ RM, *JOS Q*, n° 13236, Débat parlementaire, 30 mai 1996, p. 1330

³⁶⁹ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, Paris, Imprimerie Nationale, Coll. Action locale, 2^{ème} édition, 2007, p. 152

³⁷⁰ DEVES Claude, "Les droits d'entrée dans les délégations de service public", *AJDA* 20 septembre 1996 p. 631

³⁷¹ CE 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt, Lebon* p. 153

281. Les droits d'entrée constituent une notion dont la définition textuelle était imprécise et qui n'a pas été suffisamment abordée par la doctrine ni par les législations avant 1993. Cependant, la situation changera avec les années 90. Ainsi divers rapport, entre autres le rapport Bouchery, ont dénoncé cette pratique. Cette contestation s'est manifestée dans le projet de loi anti-corruption et lors des débats parlementaires sur ce projet. En effet, le rapport Durand précisait, concernant le futur article 40 de la loi du 29 janvier 1993 que : « *Le dernier alinéa tend à faire obstacle à une autre source d'abus provenant des clauses apparemment avantageuses pour la commune et destinées à favoriser la conclusion d'un contrat de délégation. Par exemple, le cocontractant prend à sa charge une partie de la dette de la collectivité ou s'engage à réaliser un équipement à ses frais. En réalité, cette clause apparemment avantageuse comporte de multiples inconvénients : il apparaît souvent à l'examen que les conditions prévues au contrat permettent au bénéficiaire de se rembourser - et bien au-delà - sur l'usager, et que l'équipement proposé est réalisé en dehors de toutes les procédures prévues par le Code des marchés publics, ne correspond pas aux besoins de la collectivité, est livré sans contrôle de la personne bénéficiaire. Le cas type est la réalisation d'un stade en échange d'une concession de distribution d'eau* »³⁷². Pourtant la rédaction initiale du dernier alinéa de cet article ne marquait pas expressément le terme de « *droits d'entrée* » mais y faisait allusion. Il se contentait, en effet, de disposer que « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services, ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* ». A signaler que cet alinéa n'est pas l'œuvre de la Loi Sapin, il existait long temps avant à l'article L. 2222-1 du code général des collectivités territoriales qui disposait : « *Dans les contrats portant concession de service public, les communes ainsi que les établissements publics communaux ne peuvent pas insérer de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de travaux étrangers à l'objet de la concession* ».

282. D'ailleurs, la notion de « *droits d'entrée* » et de « *redevances* » est apparue

³⁷² Rapport n° 2941, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de Loi (n° 2918) relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, par DURAND Yves, JOAN, 1992-1993, p. 112

pour la première fois dans un amendement³⁷³ présenté par M. MICAUX lors de la première lecture du projet de loi par l'Assemblée nationale. Il complétait l'article 28 du projet de loi par l'alinéa suivant : « *les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versés par le délégataire à la collectivité délégante, doivent être justifiés dans ces conventions* ». Alors que la commission trouva que cet amendement est déjà présent clairement dans l'alinéa initiale, le gouvernement s'apparente favorable à son adoption en le trouvant s'inscrire dans la même ligne droite de sa volonté d'une plus grande transparence en raison de la précision supplémentaire qu'il vient ajouter à l'article 28. Cet amendement fut adopté par l'Assemblée nationale et ne fut l'objet d'aucune contestation ultérieure par aucun des parlementaires.

283. Dès lors, la rédaction finale de cet alinéa est la suivante : « *Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.* »

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions ».

2- Les éclaircissements jurisprudentiels

284. En réalité, la seule définition que l'on a pu avoir sur les droits d'entrée est en réalité une définition négative selon laquelle les droits d'entrée sont des « *versements forfaitaires effectués en une seule fois au moment de l'attribution de la délégation, ne sont ni la contrepartie d'une prestation ni la prise en charge d'une dépense effectuée par le délégant et transférée au délégataire* »³⁷⁴.

285. Au fil des années, le Conseil d'Etat a réussi, à travers sa large interprétation de cet alinéa, à barrer la route aux tentatives de faire passer certaines dépenses préalables, dont la justification semble être inappropriée avec l'objet de la convention. Dès lors, trois types de versements sont susceptibles de correspondre à des

³⁷³ Amendement n° 324, *JOAN*, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, p. 3842, spec. p. 3880

³⁷⁴ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 153

droits d'entrée³⁷⁵ et sont par la suite interdits : D'abord, les sommes ayant pour objet la prise en charge des emprunts de la collectivité délégante, ensuite, celles ayant pour objet le remboursement de subventions antérieurement accordées par la collectivité et enfin, naturellement, celles versées en contrepartie d'un droit d'exploitation³⁷⁶.

286. Ainsi, étant donné que les collectivités locales ne doivent prendre en charge, sur leur propre budget, les dépenses d'un service public industriel et commercial et qu'il incombe normalement aux usagers d'assumer ces sommes, le Conseil d'Etat n'hésita pas à juger comme étant injustifiés, les remboursements des sommes accordées antérieurement par la commune. De la sorte, le Conseil d'Etat décida « *qu'il incombe notamment au service de prendre en charge sur ses ressources propres, à l'exclusion de toute subvention d'équilibre versée par la collectivité territoriale dont il relève, les déficits qui pourraient résulter tant d'impayés antérieurs que de dépenses d'investissement* »³⁷⁷.

287. Pourtant la justification de la prise en charge des emprunts ou du remboursement des subventions est relativement facile à opérer, sur le plan juridique et économique, en comparaison avec la justification du droit d'exploitation dont les fondements sont plus difficiles à trouver dans les principes du droit des délégations et des services publics³⁷⁸.

Ainsi, dans sa décision, *Wajs et Monnier*³⁷⁹, le Conseil d'Etat constata que les sommes versées par la société concessionnaire d'autoroute, et destinées à couvrir les charges de fonctionnement de la gendarmerie en service sur son réseau, constituent des dépenses étrangères à l'exploitation du service délégué. La haute juridiction rappela que l'exercice par la gendarmerie nationale des missions de surveillance et de sécurité des usagers incombe à la charge de l'Etat et jugea que la société concessionnaire pourra dans la limite, participer aux frais de contrôle exercé sur elle par le concédant, à condition qu'il

³⁷⁵ DEVES Claude, « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », art. prec., spec. p. 633

³⁷⁶ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA* 10 juillet 2006, p. 1371, spec. p. 1375

³⁷⁷ CE 30 juillet 2003, *Compagnie générale des eaux, Lebon* tables p. 674

³⁷⁸ DEVES Claude, "Les droits d'entrée dans les délégations de service public", *op. cit.*, spec. p. 636

³⁷⁹ CE, 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, n° 136071, *RFDA* 1997, p. 726.

ne s'agisse pas d'une contribution forfaitaire. Ainsi pour que la redevance versée par le délégataire soit justifiée, elle doit correspondre exactement à compenser les charges supportées par la personne publique délégante à condition que ces charges résultent d'opérations ou de situations qui constituent des prestations directement rendues aux usagers³⁸⁰.

Dans une affaire similaire³⁸¹, le Conseil d'Etat considéra que la délibération qui a donné lieu à l'offre, qualifiée de mieux-disant, et qui prévoyait un paiement versé à la ville sans relation avec la valeur des prestations fournies par celle-ci au délégataire, est entachée d'une erreur de droit il s'agissait notamment des « *droits d'usage des installations concédées, [des] loyers ainsi que divers redevances au bénéfice de la commune qui sont répercutées sur le tarif payé par les usagers* ». Le Conseil d'Etat s'était prononcé sur cette question uniquement au vu de la règle selon laquelle l'utilisateur du service public ne saurait supporter, à travers le tarif du service, que des dépenses liées au service qui lui est rendu. La haute juridiction était consciente que la seule partie offensée par ces dépenses serait l'utilisateur. « *Ainsi, qu'il s'agisse des redevances ou droits d'entrée, les paiements du délégataire au délégant ne sont légaux qu'à partir du moment où ils correspondent à une prestation réelle de la collectivité, à destination des usagers du service public délégué, puisque l'objet de la délégation est de rendre service aux usagers* »³⁸².

288. À l'instar des droits d'entrée, les seuls cas de redevances susceptibles d'être accueillies et admises par le juge administratif sont celles ayant une étroite relation avec l'objet du contrat. Le montant et le mode de calcul des redevances demandées au délégataire doivent être justifiées dans la convention de DSP. Ils doivent traduire « *un rapport de proportionnalité entre la redevance et l'avantage offert à l'occupant délégataire* »³⁸³. Si le versement de la redevance est normalement périodique, aucune règle n'interdit qu'il fasse l'objet d'un unique versement au début de contrat. Dans ce cas

³⁸⁰ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011. p 439

³⁸¹ CE, 30 septembre 1996, n° 156176, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, Lebon p. 355

³⁸² SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », art. prec., spec. p. 1375

³⁸³ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 156

une précaution maximale est exigée. En effet la seule redevance acceptée est celle qui constitue la contrepartie réelle d'un service rendu. Dès lors que cette redevance est versée en une seule fois, elle risquerait d'être assimilée à un versement d'une somme d'argent injustifiée puisque ce versement rémunèrera des services à rendre mais qui ne le sont pas au moment où est effectué ce paiement.

289. Ainsi, la redevance doit être calculée de la manière la plus précise, de façon qu'elle corresponde au service rendu. Dès lors, la collectivité locale ne pourra pas instituer une redevance qui dépasse exagérément le service rendu. Toutefois, la collectivité conserve une certaine marge de manœuvre³⁸⁴.

290. Dans son avis du 19 avril 2005, la section des travaux publics du Conseil d'Etat présentera de nouveaux éclaircissements sur le sujet des droits d'entrée. Ces droits peuvent bien correspondre « *au coût des investissements non amortis que la personne publique a dû rembourser au délégataire sortant dont la convention a été résiliée. Mais ces droits d'entrée ne peuvent couvrir les frais résultant de la faute commise par la personne publique en résiliant illégalement une délégation : le prix de la faute est par nature étranger à l'objet de la délégation* »³⁸⁵.

291. Sur la question de savoir si un droit d'entrée peut comprendre la somme versée par l'indemnisation au titre de la cession des « *biens de reprise* », l'avis apporte une solution convaincante en considérant que, « *s'agissant de « biens utiles à la délégation », leur coût correspond à une somme en relation avec le service public. De cette hypothèse, l'on doit sans doute rapprocher celle évoquée par l'avis, concernant la question des investissements nouveaux en cours de contrat, qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation, en fin de contrat, à hauteur de leur valeur non amortie. Elles aussi, de manière encore plus évidente que le coût supporté pour l'acquisition des biens de reprise, sont en relation avec le service public* »³⁸⁶.

³⁸⁴ DEVES Claude, « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », art. prec., spec. p. 636

³⁸⁵ SCHWARTZ Richard et TERNEYRE Philippe, « Quelles sont les règles de modification par avenant et de résiliation des délégations de service public ? Qui est propriétaire des biens affectés au service public ? », *BJCP* n° 45, avril 2006, p. 107, spec p. 112.

³⁸⁶ SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », art. prec., spec. p. 1376

292. Ainsi la seule condition d'autorisation des droits d'entrée est qu'ils ne soient pas étrangers à l'objet de la délégation. Ils doivent être justifiés par la convention dans leurs montants et leurs modes de calcul. Le privilège de ce strict encadrement des droits d'entrée est d'une part garantir le maximum de transparence possible dans les procédures de passation des DSP et d'autre part assurer une égalité irréprochable entre tous les candidats et enfin certifier un calcul exact de la durée de la convention. Les deux parties ne peuvent plus chercher des raisons extérieures pour justifier les longues durées décidées.

Dès lors, le principe de la transparence, de la concurrence et de la limitation de la durée justifie la prohibition de la reconduction et la restriction des cas de versement des droits d'entrée. Mais ce principe justifierait surtout l'encadrement des conditions de prolongation des délégations de service public.

Paragraphe 2 : Le maintien d'une prolongation conditionnée

293. La prolongation est une augmentation de la durée initialement prévue dans la convention de DSP. La question de savoir la nature juridique de la prolongation, si elle constitue un nouveau contrat succédant au précédent ou s'il s'agit d'un prolongement du contrat précédemment conclu et qui en fait partie, n'est pas compliquée. La prolongation, tant qu'elle n'a pas pour effet de modifier l'objet de la convention, ne constitue pas en principe une novation de la convention initiale. Elle a seulement pour effet d'en permettre la continuation et « *l'idée de continuation exclue celle de changement* »³⁸⁷. Pourtant cette prolongation s'effectue sans publicité ni mise en concurrence préalable, c.à.d. en l'absence d'une transparence. Pour cette raison « *L'encadrement de la durée initiale aurait été dénué de toute effectivité pratique si le législateur n'avait pas posé des conditions très précises quant à une éventuelle prolongation celle-ci* »³⁸⁸.

294. En effet, la prolongation faisait l'objet de nombreuses controverses

³⁸⁷ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011, p 480.

³⁸⁸ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2006, Etude 19, p.6, spec. p. 8

doctrinales pour la facilité par laquelle celle-ci est accordée avant 1993. Ainsi, pour atteindre l'objectif de la durée déterminée, le législateur de 1993 s'est vu dans l'obligation de prohiber, en premier lieu, les prolongations tacites en imposant avant chaque prorogation un vote de l'assemblée délibérante qui permet d'assurer le maintien d'une « *transparence minimale* »³⁸⁹ en interdisant les occultes accords entre le pouvoir exécutif de la personne publique et le délégataire.

295. En second lieu, le législateur était conscient que pour les contrats de DSP, qualifiés par Laurent RICHER de « *relationnels* »³⁹⁰, il n'est souvent pas évident de prévoir l'ensemble des coûts et des recettes ainsi que l'ensemble des difficultés susceptibles d'être rencontrées au cours de leur exécution. C'est pourquoi il s'avère indispensable de garder une certaine « *dynamique contractuelle* »³⁹¹, au niveau de la prolongation pour permettre l'évolution du contrat au cours de son exécution, en fonction des besoins, des techniques et du contexte économique afin de garder un service public de qualité au meilleur coût. Ainsi, pour répondre à cette exigence de mutabilité du service public, et la concilier en même temps avec les exigences de mise en concurrence qui veulent une stabilité des relations contractuelles, le législateur a restreint le champ des prolongations permises à deux seules possibilités qui ne nécessitent pas de publicité préalable, à savoir l'intérêt général du service (A), et sur demande conditionnée de l'Administration (B).

A- Une prolongation dans l'intérêt du service

296. La convention de délégation de service public ne peut être prolongée, aux termes de l'article 40 a) de la Loi Sapin que « *pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an* ». Si la prolongation, pour motif d'intérêt général, est limitée à un an en France (1), elle est non restrictive au Liban (2).

1- Une prolongation limitée à un an en France

³⁸⁹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Thèse, Limoges, 16 juillet 1997, p. 438

³⁹⁰ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », art. prec., p.6

³⁹¹ MÉNÉMÉNIS Alain, *Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire : Contrats et Marchés publics 2003, chron. 11, p. 39*

297. Cette première restriction à la possibilité de prolongation d'une convention de DSP était prévue depuis la rédaction initiale du projet de loi anticorruption. En effet, pour ne pas lui reprocher la rigidité du texte, et tout en évitant à tout prix que la notion d'intérêt général, par définition très vague, ne conduise à d'éventuels abus, le gouvernement proposa de limiter cette prolongation à un an seulement. « *Cette disposition vise à laisser au cocontractant le temps nécessaire pour prendre toutes dispositions en vue d'assurer la continuité du service public au regard des nouvelles exigences de la loi* »³⁹².

298. Ainsi, pour rester dans la ligne droite de l'esprit de la Loi Sapin, ce type de prolongation ne peut pas excéder un an. Cette disposition demeurait sans modification depuis l'application de la loi Sapin. Brève dans ses expressions, elle reflétait diverses ambiguïtés qui ont laissé la porte ouverte aux débats doctrinaux et aux interprétations jurisprudentielles, dont la plus importante est celle qui lie la durée d'un an au temps légitimement nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure pour le renouvellement du contrat.

299. Malgré cette ambiguïté qui semble permettre une interprétation extensive de la notion d'intérêt général, le juge administratif a adopté une interprétation relativement restrictive notamment dans la décision de la cour d'appel Cour Administrative d'Appel de Paris du 10 juillet 2003, Société Sogères³⁹³. Dès lors, le sens de cette notion, ne doit être pris dans l'absolu, « *mais relativement à l'objet du contrat de concession. Ainsi, l'adaptation nécessaire d'un objectif, qui relève de la direction stratégique du service public fournit un motif d'intérêt général, parce que le principe de mutabilité du service public doit être respecté* »³⁹⁴.

Est légale la prolongation de quelques mois d'une délégation de service public si, à la date de son achèvement, la procédure de passation d'une nouvelle convention n'a pas été menée à son terme pour divers raisons dont les plus connues sont l'échec des

³⁹² LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, art. prec., spec. p. 7

³⁹³ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », art. prec., spec. p. 8

³⁹⁴ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p 481

négociations avec les entreprises, ou l'impossibilité de trouver un candidat susceptible de correspondre aux demandes de l'Administration, ou encore l'annulation par le juge de la procédure de passation. L'impossibilité de mettre en œuvre une telle passation va d'évidence à l'encontre de la continuité des prestations à fournir aux usagers, d'où la nécessité d'une prolongation du contrat initial. Il a été ainsi jugé que la collectivité publique peut, sans illégalité, confier la gestion du service à titre provisoire à un prestataire en vue d'assurer la continuité du service sans respecter la procédure prévue aux articles L. 1411 et suivants du Code général des collectivités locales, à condition que la mise en œuvre de ladite procédure soit rendu impossible en raison de l'urgence³⁹⁵. Pourtant, si la non soumission aux règles de formes exigées, aboutirait à des incidences financières, ce qui est généralement le cas, la prolongation d'une convention de délégation de service public ne peut résulter d'une décision unilatérale mais nécessite dans ce cas la conclusion d'un avenant³⁹⁶.

300. Ainsi, il est évident que la prolongation pour un motif d'intérêt général vise, pour l'essentiel, à garantir la continuité du service public. Dans ce cadre, seront donc admises, les prorogations dans l'objectif de résoudre les difficultés que peut rencontrer la collectivité publique pour reprendre le service en régie du fait d'une insuffisance de moyens financiers ou de compétences techniques. Sont également admises les prorogations nécessaires pour organiser une mise en concurrence en vue de l'attribution d'une nouvelle délégation. En effet, ce sont, avant tout, les impératifs de mise en concurrence qui empêchent un élargissement de la technique de prolongations de ces contrats au delà d'un an³⁹⁷.

301. Cependant, cette disposition ne doit pas être strictement interprétée surtout dans les cas d'imprévoyance de la collectivité dans la mise en œuvre de la procédure de délégation, voire l'annulation juridique de la procédure, et ceci afin de pouvoir garantir la continuité du service, sauf en cas de fraude manifeste.

³⁹⁵ CAA Marseille, 25 juin 2007, n° 05MA00197, *Commune de Sanary-sur-Mer*, *AJDA*, 2007, p. 2165

³⁹⁶ CAA Douai, 16 novembre 2006, *Syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communauté urbaine de Lille*, n° 05DA00233

³⁹⁷ UBAUD-BERGERON Marion, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Université Montpellier 1, 18 décembre 2004, p. 407

302. Dans sa décision *Commune Ramatuelle*³⁹⁸, le Conseil d'Etat se démarqua de la jurisprudence antérieure en censurant l'arrêt de la cour d'Appel de Marseille qui avait subordonné la prolongation du a) de l'article L. 1411-2 du CGCT, à l'impossibilité de la commune de la prise en charge directe du service public. Selon la Haute assemblée, le juge administratif n'a pas, sauf à commettre une erreur de droit, à subordonner la légalité de la décision de prolongation, à des conditions supplémentaires telle l'impossibilité de prise en charge directe du service par la collectivité délégante. Suivre l'interprétation de la cour d'appel « *aurait implicitement conduit à considérer la régie comme le mode normal de gestion d'un service public* »³⁹⁹. Or la liberté de la collectivité publique de choisir le mode de gestion de ses services publics est déjà tranchée. En effet, le Conseil d'Etat avait raison de ne pas suivre la cour d'appel, car de surcroît, « *selon la technicité du service public en cause, ou l'importance de la collectivité, la condition posée par la cour administrative aurait pu être systématiquement ou jamais remplie* »⁴⁰⁰. Ainsi, dès lors que la réalité du motif d'intérêt général est constatée par le juge administratif, toute autre condition posée par ce juge pour valider la décision de prolongation d'une DSP est irrégulière⁴⁰¹.

303. Dans une interprétation large mais intéressante de l'article L. 1411-2 a), La Cour d'Appel de Marseille a considéré que la nécessité d'assurer la continuité du service public, à la suite de l'annulation des conventions existantes, dans l'attente de l'aboutissement d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, constitue un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la conclusion par la Commune d'Orange, d'une convention d'exploitation provisoire de ses services d'eau et d'assainissement pendant sept mois⁴⁰². Ainsi la prolongation pour motif d'intérêt général d'une convention de délégation de service public peut intervenir alors même que cette convention a été

³⁹⁸ DELACOUR Éric, Note sous l'arrêt CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, « Prolongation et intérêt général », *Contrats et Marchés publics* n° 9, Septembre 2005, comm. 222, p. 24

³⁹⁹ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 147

⁴⁰⁰ Ibid, p. 148

⁴⁰¹ DELACOUR Éric, Note sous l'arrêt CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, « Prolongation et intérêt général », *Contrats et Marchés publics* n° 9, Septembre 2005, comm. 222, p. 24

⁴⁰² DIEU Frédéric, Note sous CAA Marseille, 9 avril 2009, n° 07MA02807, *Commune Orange*, *Droit Administratif* n° 11, Novembre 2009, comm. 146, p. 24

annulée. En suivant le rapport du rapporteur public, la cour d'appel jugea que les dispositions de l'article L. 1411-2 a) autorisent la collectivité délégante à prolonger un contrat qui a expiré.

304. La première hypothèse apparaît donc, sous réserve de l'appréciation du juge, comme une souplesse⁴⁰³ permettant à la collectivité, dans la majorité des cas, d'assurer les conditions indispensables pour la préparation d'une nouvelle remise en concurrence du service délégué. Ainsi, le motif d'intérêt général répond à la nécessité d'assumer la continuité du service, y compris à la suite de l'annulation d'une procédure de délégation de service public. Pourtant, l'obligation de la soumission de la prolongation dans ce cas à l'appréciation du juge assure l'encadrement, la transparence, et le contrôle de cette prorogation.

2- Une prolongation non restrictive au Liban

305. Si la prolongation en France connaît avec la survenue de la loi Sapin une certaine délimitation, le cas au Liban est différent malgré la gravité de la situation des DSP. Mis à part la brièveté des textes et leur ambiguïté, qui sont pareils au Liban comme en France, le vrai problème au Liban est d'une part, l'absence de l'interprétation des textes législatifs par les juridictions qui se contentent de cette ambiguïté pour juger légaux le flux de prolongation pour motifs d'intérêt général, et d'autre part, l'absence de la concurrence qui justifie l'intérêt et le droit des candidats évincés de saisir le juge.

306. En effet, le principe de la mutabilité du service public constitue un élément fondamental dans des modes de gestion. C'est l'intérêt général du service qui exige cette mutabilité⁴⁰⁴ et justifie par la suite une large interprétation de tout texte réglementaire ou contractuel des cahiers des charges. Ainsi, l'hypothèse de la prolongation au Liban trouve son fondement, surtout, dans les nécessités de l'intérêt général⁴⁰⁵. Dès lors, le contrat peut bien contenir une clause autorisant la prolongation, et dans ce cas la prolongation aura

⁴⁰³ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 308

⁴⁰⁴ MOROUWE Hiam, *Droit administratif spécial, les grands services publics et leurs modes de gestion, l'expropriation, les travaux publics et l'urbanisme*, MAJD, 2003, p. 105

⁴⁰⁵ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif*, Tome 2, *la gestion des services publics, l'établissement public et les contrats de concession*, 1^{ère} édition, sans éditeur 1999, p. 367

lieu tacitement ou expressément suivant les dispositions du contrat lui-même. Et même en absence d'une telle clause, la pratique a montré que les cocontractants peuvent prolonger le contrat par le biais d'un avenant conclu lors de l'exécution ou après la fin du contrat. Mais dans ce cas la prolongation doit être soumise aux procédures d'authentification⁴⁰⁶ exigées par l'article 89 de la Constitution.

307. Théoriquement, le mérite de fixer la durée, au Liban, dans la loi c'est que sa prolongation ne peut s'accomplir simplement par une modification du contrat mais sollicite la promulgation d'une nouvelle loi présentant la nouvelle durée. Une telle exigence visait à réduire, au moins en principe, la tentative de l'Administration de prolonger le contrat et par la suite, à protéger la personne publique d'une éventuelle soumission à la volonté des grands délégataires qui cherchaient à élargir leur marge de profit.

C'est vrai que l'article 89 en lui-même n'a rien mentionné sur la prolongation desdits contrats, mais déjà on le savait très bien que s'il a exigé la fixation de la durée en dépit de toutes les autres clauses du contrat c'est parce qu'il veillait à avoir des conventions à durée limitée. Ainsi on peut considérer que l'article 89 dans son esprit⁴⁰⁷ interdisait toute prolongation sans motifs raisonnables et exigeants. Car la pratique des DSP continue à être considérée une exception à la gestion directe du service, exigée par les conditions de fondation de l'Etat. Et dans ce sens, les prolongations sont des exceptions aux exceptions et doivent être complètement encadrées ce qui fait que l'administration est interdite de prolonger ou de renouveler les contrats sous peine d'une responsabilité juridique et politique du gouvernement devant le parlement. Ainsi, selon le professeur CHOKR, les lois autorisant la prolongation doivent être déférées et sanctionnées par le Conseil Constitutionnel pour violation de l'article 89. Pourtant, la pratique montre un flux lois de prolongation et aucune d'elle n'a été soumise au control du Conseil Constitutionnel. Néanmoins, si le législateur aperçoit la nécessité de prolonger une convention il doit élaborer une loi avec tous les éléments permettant au Conseil Constitutionnel d'exercer son contrôle sur l'équilibre financier du contrat et l'intérêt général.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 369

⁴⁰⁷ CHOKR Zouheir, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien du 20/08/2012

B- Une prolongation sur demande de l'Administration

308. Cette possibilité n'était pas prévue dans le texte original du projet de loi. Elle résulte des objections faites par certains parlementaires de la commission⁴⁰⁸ déléguée par le Sénat pour étudier le projet de loi, qui estimèrent le texte trop rigide et souhaitaient lui donner quelque souplesse. Cette hypothèse de prolongation a connu un progrès continu (1) qui s'est achevé en 2010 pour aboutir à des conditions strictes de son application (2).

1- Le progrès continu de l'alinéa b)

309. Cet alinéa est apparu pour la première fois lors de l'étude du projet de loi anticorruption par la commission déléguée du Sénat. C'est l'amendement n° 149 présenté par M. BONNET, le rapporteur, et qui disposait qu' « *une délégation de service peut être prolongée lorsque la bonne exécution du service public impose, en cours de convention, la réalisation par le délégataire d'investissements non prévus initialement et de nature à modifier l'économie générale de la délégation* ». Cette modification fut adoptée par le Sénat lors de sa première lecture malgré l'objection du gouvernement qui jugea les motifs de la prolongation légitimes, mais trouva l'expression « *investissements non prévus initialement et de nature à modifier l'économie générale de la délégation* » un peu large⁴⁰⁹. Cet alinéa prend sa forme finale devant la commission déléguée de l'Assemblée nationale lors de la deuxième étude du projet de loi : « *b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des travaux non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. En aucun cas, la ou les prolongations décidées à compter de la date de publication de la présente loi ne peuvent au total*

⁴⁰⁸ Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, par BONNET Christian, *JOS*, documents parlementaires, 1^{ère} session 1992-1993.

⁴⁰⁹ BIANCO Jean-Louis, ministre de l'équipement, du logement et des transports, *JOS* Débats parlementaires séance du 3 décembre 1992, p. 630, spec. p. 3634.

augmenter la durée de la convention de plus d'un tiers de la durée initialement prévue ». À savoir, la dernière phrase du b) fut abrogée par le Conseil Constitutionnel⁴¹⁰ pour avoir porté atteinte au principe de la libre administration. Ainsi, dans le cas où la prolongation se fonde sur la nécessité de réaliser des travaux, la durée de la prolongation, et contrairement à la première hypothèse, n'est pas limitée.

310. L'objectif principal du législateur était d'autoriser la prolongation de la délégation afin d'en préserver l'équilibre qui risquerait d'être rompu en raison des nouvelles contraintes imposées par la collectivité délégante⁴¹¹. La durée prolongée est celle nécessaire pour l'amortissement des investissements projetés. Cette mesure évitera que la modification de l'économie contractuelle subséquente ne se traduise par une augmentation du prix des prestations manifestement excessive.

311. Néanmoins, ce texte d'origine négligeait les cas des délégations sans travaux. Par ailleurs, l'application de la loi anticorruption a révélé, quelques mois après sa mise en œuvre, certaines difficultés de prolongation. En effet, la notion de travaux est apparue à la fois floue et précise. *« Elle est précise en ce qu'elle désigne « l'ensemble des activités humaines coordonnées en vue de produire quelque chose ». Elle est également floue en ce qu'elle nécessite une qualification : travail de construction, travail immobilier, travail de rénovation, d'extension. Dans tous les cas, elle désigne une opération matérielle, concrète »*⁴¹². C'est pourquoi cet alinéa a connu de nombreux assouplissements ultérieurs concernant les critères de prolongations. En réalité, le changement de la majorité politique du gouvernement⁴¹³ a permis de substituer à l'expression *« travaux supplémentaires »* l'expression *« investissements matériels ou immatériels »* en vertu de l'article 70 I de la loi du 8 août 1994⁴¹⁴. La première expression est apparue trop restrictive pour couvrir l'ensemble des demandes du délégant

⁴¹⁰ Conseil constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, *Rec.* p. 14, spec. pp. 22-23

⁴¹¹ AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frederic, VIDAL Laurent, *Economie et droit du contrat administratif, L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 267

⁴¹² TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 440

⁴¹³ Ibid, spec. p. 443

⁴¹⁴ Loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JORF n°184 du 10 août 1994 p. 11668

susceptibles de déséquilibrer le contrat sans pourtant exiger l'accomplissement d'aucun travail mais, par exemple, la modernisation d'un matériel. Cette substitution a permis de faire intervenir aussi les études comme raison de prolongement vu leur nécessité dans certains domaines (transport urbain et scolaire) et leur coût énorme qui incombe au délégataire. Elle peut désigner aussi tout achat à long terme et ne se limite pas à la simple activité matérielle. Cela permet de prendre en compte « *l'ensemble des dépenses supplémentaires intervenant à la demande de la collectivité publique en cours de contrat et susceptibles de bouleverser l'équilibre de celui-ci* »⁴¹⁵. Ce nouveau critère englobe donc en gros, des travaux, des acquisitions, des études, des recherches, des prestations de maîtrise d'œuvre. Néanmoins, un an plus tard, ce même alinéa a reconnu une nouvelle modification. Il semblait que « *le législateur soit tombé d'un excès à l'autre. D'un critère trop strict, il est passé à un critère trop large. Il est difficile d'apprécier l'opportunité des études ou recherches et même de vérifier concrètement si elles ont été effectuées* »⁴¹⁶. Ainsi certains procès portés devant les tribunaux⁴¹⁷ ont montré que certains « *investissements immatériels* », telles que des études, avaient pu dissimuler des pratiques de corruption. C'est pourquoi, et comme preuve de durcissement de la loi, la Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, a supprimé dans son article 1^{er} le mot « *immatériels* » et limita cette hypothèse de prolongation aux seuls « *investissements matériels* », ce qui constitue la rédaction actuelle.

312. La date de cette loi, à elle seule, requiert un intérêt majeur, puisqu'elle est intervenue avant l'écoulement d'un an sur la loi du 8 août 1994 ce qui montre que la pratique a relevé un grand nombre d'abus de telle façon que les objectifs de la Loi Sapin ont été mis en cause. Ainsi, lors des débats parlementaires certains parlementaires ont considéré que la majorité des études ont été détournées et c'est pourquoi il faut supprimer le mot « *immatériels* ». À notre avis, l'une des importantes interventions soutenant cette

⁴¹⁵ Rapport n° 1349, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de loi (n° 1281) *portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* par M. Gérard TREMEGE, JOAN, documents parlementaires, 10^{ème} session 1994, p. 264

⁴¹⁶ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 443

⁴¹⁷ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 149

suppression était celle de M. AUBERT⁴¹⁸ qui a considéré que cette proposition de loi permet de résoudre l'un des importants problèmes, que rencontre la DSP, à savoir les conditions de prolongation. Puisque d'après lui le concessionnaire cherche souvent à se trouver en situation de monopole c'est pourquoi il souhaite « *naturellement que la notion d'investissements soit la plus large possible* ». C'est pourquoi il faut opter pour la notion la plus restrictive qui est celle « *d'investissements matériels* ». Cette solution adoptée n'a pas satisfait à tous. Ainsi, M. CLEMENT⁴¹⁹, ministre délégué aux relations avec l'assemblée nationale, considéra qu' « *il faut bien que l'on puisse, dans un certain nombre de cas, faire des études. Ce n'est pas parce que certains d'entre elles ont été détournées que toutes les études sont mauvaises* ».

313. Par ailleurs, pour bien déterminer ce que recouvre exactement la notion d'investissements matériels, M. René ROUQUET adressa une question au ministre de l'intérieur. La réponse, rendue pourtant par le ministre de la fonction publique, précisa que « *la lecture des travaux parlementaires fait apparaître que cette disposition concerne des investissements (constructions et acquisitions, notamment) qui portent tant sur des biens immobiliers que sur des biens mobiliers (véhicules, par exemple). Les travaux préparatoires de la loi conduisent par ailleurs à une interprétation souple de la notion d'investissements matériels puisque le législateur n'a pas entendu exclure de celle-ci les brevets, les équipements informatiques et l'acquisition de logiciels. Ce qui semble dorénavant exclu du champ d'application de l'article L. 1411-2, alinéa 2, du code général des collectivités territoriales concerne la réalisation d'études ou de prestations intellectuelles qui peuvent parfois dissimuler des pratiques contre lesquelles les lois précitées ont justement pour objectif de lutter* »⁴²⁰. Ainsi toute prestation intellectuelle (marché d'études, de maîtrise d'œuvre...) serait exclue, même si elle se rattache à l'exécution du contrat de délégation.

314. Finalement, la rédaction du b) de l'article L. 1411-2 du CGCT a été

⁴¹⁸ AUBERT François, 2^{ème} séance du 15 décembre 1994, JO AN, débats parlementaires, compte-rendu, décembre 1994, p. 9165, spec. p : 9184- 9185.

⁴¹⁹ CLEMENT Pascal, 2^{ème} séance du 15 décembre 1994, JO AN, débats parlementaires, compte-rendu, décembre 1994, p. 9165, spec. p. 9184- 9185

⁴²⁰ RM, n° 13236, JOS Q, Débat parlementaire, 30 mai 1996, p. 1330

finalisée par l'art 85-I) de la loi du 12 juillet 2010⁴²¹ : « Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par :

- la bonne exécution du service public ;
- l'extension du champ géographique de la délégation ;
- l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ;
- la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage. »

315. En effet, le but de cette addition était d'ajouter explicitement les investissements liés au développement des énergies renouvelables parmi les causes qui peuvent conduire à une augmentation de la durée de concession d'un réseau de chaleur. « Ces investissements sont en effet souvent importants, nécessitant plusieurs années pour en tirer le bénéfice en économies de fonctionnement, ce qui peut stériliser toute volonté de développer les énergies renouvelables dans les dernières années de concession ». Mais toutefois, et afin d'éviter les effets d'aubaine, le législateur a imposé que la prolongation ne peut être possible que si la durée restant à courir de la concession est d'au moins trois ans.

Avec cette loi du 12 juillet 2010, on peut considérer que les hypothèses de prolongation des DSP sont bien déterminées et encadrées.

2- Les conditions strictes de son application

⁴²¹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JOFR n° 0160 du 13 juillet 2010 p. 12905.

316. La Loi Sapin a dorénavant posé trois conditions de prolongation relatives à l'alinéa b) de l'article L. 1411-2 que le juge administratif a développées.

317. En premier lieu, « *les investissements doivent être demandés par le délégant* », ce qui signifie que le délégataire n'a aucune alternative, et qu'il est contraint de réaliser lesdits travaux. Cette condition constitue une mesure de protection de la collectivité locale, qui ne se trouverait jamais dans l'obligation de prolonger un contrat en raison des investissements, à utilité incertaine, accomplis par le délégataire de sa seule initiative. Comme le souligne le professeur Yves Luchaire, il s'agit d'une mesure visant à faire échec à la notion de travaux utiles⁴²². Cette condition rappelle le droit du délégant de surveiller l'exécution de la délégation. Elle lui permet de juger l'opportunité de ces travaux. Pourtant, ces investissements exigés par le délégant, se font normalement sur demande du délégataire lui-même. Dans tout les cas, la décision refusant de prolonger une délégation de service à la demande du délégataire sur le fondement de l'article L.1411-2 b n'est pas détachable du contrat de concession à laquelle elle se rapporte et ne peut donc faire l'objet d'une demande d'annulation. Elle ne peut donner lieu qu'à une demande de réparation dans le cadre d'un recours de plein contentieux⁴²³. Le Conseil d'Etat dans son avis du 19 avril 2005 réaffirme que ces investissements ne doivent pas être de simple opportunité ou de ceux qui incomberaient normalement au délégataire. Il s'agit, en réalité, des investissements non prévus au contrat initial que le délégataire se voit « *contraint* » de les réaliser.

318. En second lieu, les investissements doivent être d'une part, « *non prévus lors de la conclusion du contrat* »⁴²⁴ et d'autre part, « *indispensables au bon fonctionnement du service ou à son extension géographique* ». Cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence, de sorte que ces investissements ne peuvent relever de la simple opportunité. Ils doivent être, effectivement, impliqués nécessairement

⁴²² LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4, spec. p. 8

⁴²³ TA Nice, 9 novembre 2007 *Société du Parking de la promenade du Paillon c/ Commune de Nice*, n° 0305363, *AJDA*, 2008, p.758

⁴²⁴ SCHWARTZ R. Note sous CAA Nantes, 13 nov. 2001, *Syndicat intercommunal des eaux de Port-de-Roche*, *BJCP* 23/2002, p. 325.

par un fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention. Ainsi, entre dans les prévisions de l'article L.1411-2-b l'avenant de prolongation d'un contrat d'affermage de l'assainissement qui a pour objet de réaliser et financer les travaux d'adaptation d'une station d'épuration dans le but d'améliorer le fonctionnement des équipements par la réduction de la pollution olfactive qui s'était développée à la suite du raccordement de nouveaux usagers au réseau⁴²⁵. En revanche, est illégale la prolongation, intervenue moins d'un an avant l'expiration de la délégation, pour réalisation d'une installation de cogénération, dans le cadre d'une délégation de chauffage urbain, en raison de l'absence de contrainte. En l'espèce il s'agissait de l'absence de raison technique ou financière, justifiant la réalisation de ces investissements⁴²⁶.

319. En troisième lieu, les investissements doivent être de nature à « *modifier l'économie générale de la délégation* », sans pour autant la bouleverser⁴²⁷. Comme l'indique le professeur Nil SYMCHOWICZ « *si les mots ont un sens, on ne saurait assimiler la notion de modification à celle de bouleversement* »⁴²⁸. Entre ces deux expressions existe « *une différence d'échelle dans le changement des données contractuelles* »⁴²⁹. L'application de cet alinéa exigerait la prise en compte de certaines précautions dans l'explication de ces dispositions. D'abord les investissements en cause doivent être de nature à modifier l'économie générale d'un contrat, mais ne doivent pas conduire à la bouleverser pour ne pas remettre profondément en cause, pendant son exécution, les conditions essentielles de sa conclusion. En liaison avec cela, l'objet du contrat ne saurait être dénaturé. De ce fait, tout avenant de prolongation, entraînant une modification à un point tel que le contrat pourrait être requalifié, serait jugé illégal⁴³⁰. Dans le cadre de l'affermage, par exemple, la prolongation ne saurait être admise pour

⁴²⁵ CAA Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre-Société Lyonnaise des eaux, Contrats et Marchés publics*, 2005, n° 125 ; MÉNÉMÉNIS Alain, Note sous CAA Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, n° 99LY00655, et CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, Droit Administratif*, 2005, comm. 101, p. 25

⁴²⁶ CE, 29 décembre 2004, *Société Soccrum, Droit Administratif*, 2005, comm. 35, p. 22.

⁴²⁷ LOINTIER Philippe, Conclusions sur TA Dijon, n° 98-5227, 5 janvier 1999, *Sieur Roycourt, BJCP* n° 3/1999, p. 295

⁴²⁸ SYMCHOWICZ Nil, « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998, p. 200, spec. p. 205

⁴²⁹ *Idem*

⁴³⁰ CELERIER Thibaut, Conclusions sur TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet du Nord, BJCP*, 1998, n° 1, p. 72

confier à un fermier des travaux d'une trop grande ampleur, le contrat risquant dès lors une requalification imposant de nouvelles procédures de mise en concurrence. Dans le même sens, la cour administrative d'appel de Versailles rappelle que, s'il peut être envisagé de « *modifier l'économie générale* » du contrat, un avenant ne saurait « *bouleverser l'équilibre* » de la délégation : c'est alors à un nouveau contrat qu'on a affaire⁴³¹. A ce titre aussi, on peut citer un jugement du tribunal administratif de Dijon qui jugea illégal l'avenant de prolongation d'un contrat d'affermage d'un réseau d'assainissement dont l'un des motifs était la réalisation des travaux qui ne pouvaient être regardés comme effectués au bénéfice de la bonne exécution du service public⁴³², mais au raccordement au réseau de plusieurs entreprises intervenant dans des domaines divers, ces raccordements ayant été effectués sans aucune contrepartie. Pour le juge, « *la charge que constituent ces autorisations de branchement sans contrepartie ne saurait être transférée sur les autres usagers du service public d'assainissement* ».

320. L'article L.1411-2 limitait les conditions de la prolongation en exigeant que les nouveaux investissements ne doivent pouvoir être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une « *augmentation de prix manifestement excessive* », sans pour autant préciser si le caractère excessif doit s'apprécier par rapport au prix initial ou par rapport à un prix considéré comme normal. Dans ce sens, a été jugée légale, la prolongation d'un contrat d'affermage pour une durée de 15 ans, afin de permettre à l'affermeur du service d'assainissement de financer des travaux pour réparer des dégâts consécutifs à des intempéries. Le tribunal considéra que la prolongation ne méconnaîtrait pas l'article L. 1411-2 dès lors qu'il est établi que l'amortissement sur la durée restante, 18 mois, aurait entraîné une hausse des tarifs de 110%⁴³³.

321. En effet, Si le a) de l'article L. 1411-2 visait assurer premièrement une continuité du service, l'alinéa b) vise à protéger le délégataire des exigences du délégant. Ainsi, s'il paraît normal que le premier effectue des travaux d'entretien courant ou ceux mentionnés dans le contrat initial, il est également juste qu'il reçoive une compensation

⁴³¹ MÉNÉMÉNIS Alain, Note sous CAA Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, n° 99LY00655, et CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, art. prec., spec. p. 26

⁴³² LOINTIER Philippe, Conclusions sur TA Dijon, n° 98-5227 du 5 janvier 1999, *Sieur Roycourt*, prec., p. 295

⁴³³ TA Bastia, 5 octobre 1995, *Préfet de la Haute-Corse*, n° 94758

financière dès lors que « *l'économie générale de la délégation* » a été modifiée. C'est dans le but de maintenir de l'équilibre financier du contrat que cet alinéa puise son existence. Il est normal, que « *le cocontractant de l'Administration a conclu son engagement en fonction de certaines conditions, notamment sur le plan financier. Au moment de l'accord des volontés, l'équilibre financier du contrat est souvent déterminant. Si donc des modifications aux conventions primitives surviennent en cours d'exécution, il conviendra de tout faire pour maintenir l'équilibre financier du contrat, appelé équation financière* »⁴³⁴. C'est pourquoi, et afin de concilier le droit du gestionnaire à cet équilibre et celui des usagers à payer un prix raisonnable, il s'avère indispensable que la compensation financière du délégataire soit être étalée dans le temps. Pourtant, il arrive que le temps restant à courir entre la réalisation des travaux et la fin de la convention de délégation de service public ne soit suffisant pour réaliser ce juste équilibre. Il faudra donc prolonger la durée de la convention pour le temps nécessaire à compenser ces investissements. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, la prolongation n'est pas limitée dans le temps.

322. De surcroît, le mérite de ce deuxième motif de prolongation est de permettre, par une négociation maintenue dans le cadre du contrat, l'adaptation nécessaire du contrat à d'éventuelles évolutions des besoins du service public, car les investissements « *doivent être impliqués nécessairement par un fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers* »⁴³⁵. Ainsi, la réalisation d'investissements matériels non prévus au contrat initial ne peut permettre la prolongation de la durée du contrat que dans le seul cas où ces investissements sont justifiés pour des exigences propres au service.

323. Dans le cadre de cette hypothèse de prolongation, la loi n'a pas expressément limité la durée de la prolongation. « *Mais tant l'application du régime général de la loi, que, le motif de la prolongation qui repose sur l'effet d'investissements imprévus, indiquent que cette durée ne saurait excéder la durée d'amortissement des*

⁴³⁴ GEORGEL J., « Exécution du contrat administratif. Situation du cocontractant de l'Administration », in *Juris-Classeur Administratif*, fascicule 512, 1991, n° 51.

⁴³⁵ CE, 29 décembre 2004, n° 239681, *Société Socram*, *Droit Administratif*, n° 3, mars 2005, comm. 35, p. 22

nouveaux investissements »⁴³⁶.

324. Par ailleurs, la notion « *d'augmentation excessive des prix* » n'est pas précisément définie. Cette notion de prix n'a pas la même signification selon les conventions de délégation de service public en cause et il serait normal de se demander à partir de quel seuil une augmentation excessive pourra être avancée. Il revient au juge d'estimer la présence d'une augmentation excessive des tarifs ou non. Ainsi il a été jugé qu'une augmentation du tarif du service, tel que facturé aux usagers, de plus de 30 % est substantielle et peut être considérée comme manifestement excessive⁴³⁷. Dans cette décision qui concernait un avenant prévoyant de nouveaux travaux confiés à un fermier, le juge a fait prévaloir l'article L. 1411-2 du C.G.C.T. sur la distinction entre concession et affermage, et a donc écarté la possible requalification de l'une ou l'autre. Sans doute, dans certains cas, conviendra-t-il d'affiner un tel pourcentage, afin qu'il tienne compte de plusieurs éléments, telle la nature du service constaté ou la situation des différentes catégories d'usagers.

325. Enfin, l'article L. 1411-2 du C.G.C.T. fait expressément mention de deux conditions alternative que sont l'extension du champ géographique du service public ou la bonne exécution de ce dernier, Si la première condition est facilement vérifiable, il n'en n'est pas de même avec la seconde, qui est susceptible d'appeler des interprétations diverses. Globalement, il convient évidemment que toute prolongation de contrat fondée sur les dispositions de cet article ait un rapport direct avec l'exécution même du service considéré, et non avec des éléments ou des considérations extérieures à cette exécution.

326. D'ailleurs, cette hypothèse de prolongation révèle l'analogie existante avec la théorie jurisprudentielle du fait du prince où l'Administration se trouve obligée de compenser son délégataire, notamment sur le plan financier, lorsqu'elle lui impose de nouvelles obligations dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de modification unilatérale du contrat. « *Il s'agit bien en effet ici d'investissements matériels nouveaux, demandés par le délégant, et donc imposés par lui. Cette partie de l'article L. 1411-2 du*

⁴³⁶ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011, p 482

⁴³⁷ TA Grenoble, 31 janvier 1997, *M.T.P.*, 28 mars 1997, p. 46

C.G.C.T. présente donc une solution d'équité, qui permet de préserver l'équilibre du contrat alors qu'il aurait pu être rompu du fait des nouvelles contraintes imposées par la collectivité délégante »⁴³⁸.

327. Pour finir, sur les hypothèses de prolongation, il importe de signaler que les motifs de ces prolongations sont alternatifs et non cumulatifs. Par ailleurs, l'on pourrait se demander si le motif de bonne exécution du service ne se confond pas avec le motif d'intérêt général. Mais il est vrai que l'hypothèse est différente, car en l'occurrence, la prolongation dans le cadre de la bonne exécution du service public exige la réalisation de travaux non prévus au contrat initial⁴³⁹.

⁴³⁸ BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public: notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, Administration Territoriale, Guide pratique, Litec, Paris, 2000, p. 75

⁴³⁹ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, op. cit., spec. p. 8

Conclusion du Chapitre II

328. Ainsi, le législateur, et après lui, la jurisprudence ont réussi à encadrer la durée lors de la conclusion du contrat en précisant clairement le moment de sa détermination ainsi que le moment de son déclenchement. En revanche, le législateur a gardé à l'esprit la réalité que les conventions de délégation de service public constituent, eu égard à leur objet et leur durée que ce que les économistes ont coutume d'appeler des « *contrats incomplets* »⁴⁴⁰. En effet, il est souvent impossible de prévoir avec précision satisfaisante, lors de leur conclusion, « *les modifications qui devront leur être apportées pour adapter le service rendu aux évolutions des besoins, des techniques ou du contexte économique et qui sont susceptibles d'affecter l'équilibre économique sur lequel ils sont fondés* »⁴⁴¹.

329. Dès lors, dans le souci de concilier, la souplesse dans les relations contractuelles, la mutabilité du service public et, l'effectivité, la périodicité de la concurrence, et les exigences de la transparence, le législateur a défini deux hypothèses dans lesquelles le contrat peut être prorogé. En dehors de ces dispositions légales, la convention ne pourra être prolongée par avenant.

330. Ainsi, le premier apport de la Loi Sapin était l'encadrement de la durée des délégations de service public ainsi que les modalités de leur éventuelle prolongation afin de garantir une mise en concurrence effective et périodique de l'attribution et du renouvellement de ces contrats⁴⁴².

331. Ces dispositions constituaient une nouveauté attendue et souhaitée dans le monde des délégations de service public. L'on n'exagère point si l'on considère que la

⁴⁴⁰ BOUINOT Jean, « Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat, en cours et lors de son renouvellement ? », in *La gestion déléguée du service public*, Actes du colloque du 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, *RFDA* 1997, n° 3, n° suppl. p. 41

⁴⁴¹ MÉNÉMÉNIS Alain, note sous CAA Lyon, 8 février 2005, Commune d'Auxerre, n° 99LY00655, et CAA Versailles, 3 mars 2005, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, op. cit., spec. p. 26

⁴⁴² ECKERT Gabriel, « Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2004, p. 38

Loi Sapin est désormais un point de repère entre les situations qui existaient avant et après son intervention.

Conclusion du Titre I

332. Jusqu'ici, la loi a présenté des règles claires, ou qui sont rendues claires, eu égard à l'interprétation adoptée par la jurisprudence. Elle a réussi à promouvoir les principes de la transparence et l'intérêt d'une mise en concurrence périodique, et en même temps inquiéter les collectivités sur la dangerosité que révèlent les délégations de longue durée et la liberté incontrôlée de prolongation et de leur reconduction, sur la collectivité en premier plan et sur le service aussi.

333. Ainsi peut-on considérer qu'on a tourné la page sur les débats concernant les principes apportés par la loi Sapin et toutes les incertitudes se rapportant au moment de la détermination de la durée et les possibilités de sa prolongation.

334. En revanche, en mettant de côté les dispositions claires, la Loi Sapin, dans le souci d'un meilleur encadrement de la durée et d'une détermination optimale de celle-ci, l'a liée à des notions loin d'être stables ou faciles à déterminer. L'on est passé d'une ambiguïté à une ambiguïté plus compliquée à laquelle le juge n'a pas jusqu'ici réussi à mettre un terme.

Titre II- L'échec de l'encadrement de la durée

335. Le régime français est incontestablement marqué, beaucoup plus que le régime Libanais, du sceau de la transparence à tous ses niveaux. Il était évident que la prise en compte du temps, spécifiquement, était au cœur des préoccupations juridiques⁴⁴³. D'ailleurs cet intéressement était clairement reflété par la Loi Sapin, en introduisant un certain nombre de dispositions sur la durée des conventions de délégation de service public, « *dispositions dont ni le principe ni l'application ne sont aisés* »⁴⁴⁴.

336. En effet, la loi Sapin ne s'était pas contentée de poser un principe qui est celui de la limitation de la durée des conventions de délégation de service public, mais elle a exigé que celle-ci soit établie préalablement en fonction de l'amortissement des installations à implanter.

Quoique ce rapport, dans sa généralité, soit séduisant et impressionnant, surtout en nous faisant croire qu'à travers cette liaison aucune rente de situation pour le délégataire ne pourra être détectée, on ne peut se laisser prendre par le rêve d'aboutir à de justes ambitions en se référant à des techniques utopiques. Un tel rapport ne pourra être mis en œuvre en raison de la complexité de la détermination sous des paramètres variables (Chapitre I). Le problème n'est pas dans le but mais dans les moyens qui permettent sa réalisation.

337. Dans ce sens, la détermination telle que proposée par la Loi Sapin ne pourra satisfaire à ses objectifs, non seulement par ce que le rapport de la durée/amortissement n'est pas opportun mais aussi en raison des lacunes que comporte la loi. À fortiori, dans un Etat comme le Liban, où la détermination est uniquement liée, dans son principe général, à l'article 89 de la Constitution, on ne pourra jamais espérer un réel encadrement contractuel de la durée. D'où l'échec de la détermination (Chapitre II).

⁴⁴³ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA* 1996 p. 100

⁴⁴⁴ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12

Chapitre I – La complexité de la détermination sous paramètres variables

338. Il existait, de façon générale, bien avant la Loi Sapin, différents textes qui limitaient la durée de certaines délégations, et qui étaient, pour une période déterminée, d'une application forcée. Pourtant, la nouveauté qu'apporte la Loi Sapin réside dans ce que cette dernière a posé le principe de la limitation de la durée du contrat en définissant les paramètres permettant de fixer la durée de chaque contrat. En effet le législateur ne s'est pas contenté de définir, comme on vient de le voir, le moment de la détermination, le support, et la partie responsable de la fixation mais aussi les modalités de la détermination.

339. Dans ce sens, l'article 40 précise que la durée « *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* ».

340. Cette technique juridique remarquable a été peu étudiée par les juristes avant la Loi Sapin, elle était plutôt utilisée dans le domaine de la gestion. Cependant, elle a été reprise en droit privé, droit fiscal, droit commercial avant d'être récemment admise expressément par le droit administratif. Cette transposition dans les contrats de DSP a eu des conséquences profondes, car la notion n'a pas été suffisamment clarifiée dans les textes.

341. Le législateur a désiré par ce rapport durée/amortissement concrétiser et matérialiser la relation contractuelle entre le délégant et son délégataire. Ainsi l'amortissement peut être considéré comme constituant une condition de légalité⁴⁴⁵ de la convention de DSP. Pourtant l'exclusivité de ce rapport s'est avérée trompeuse (Section

⁴⁴⁵ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », art. prec. p. 100

I) en raison de l'absence d'une définition unanime et précise de la durée normale d'amortissement.

342. Toutefois, même si la référence à l'amortissement révèle un certain degré de rationalisme et de crédibilité, elle est loin d'être adoptée aveuglement dans les DSP, par ce qu'elle n'est pas, d'une part, le seul facteur dans la fixation de la durée et, d'autre part, en raison de la variabilité des enjeux déterminant la durée (Section II).

Section I : L'exclusivité trompeuse du rapport durée/amortissement

343. La notion d'amortissement « *repose sur la volonté de préserver la valeur d'un investissement, et à travers lui celle d'une activité humaine, en reconstituant artificiellement celle-ci au fur et à mesure des altérations que lui fait subir l'écoulement du temps* »⁴⁴⁶.

344. La Loi Sapin soutient, par ses termes, l'exclusivité d'un rapport entre la durée contractuelle et l'amortissement comme seul moyen de pouvoir déterminer cette durée. Pour autant avant de pouvoir adopter ou dénoncer cette hypothèse, la notion d'amortissement mérite d'être étudiée et présentée selon ses différentes significations (paragraphe 1).

345. En outre, face à la variété des définitions et des significations que peut comprendre la notion d'amortissement en droit public, et face à l'imprécision du législateur et du Conseil Constitutionnel, il serait normal de se trouver devant une adoption hésitante de la notion de « *durée normale d'amortissement* » (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La présentation des différentes possibilités de signification du terme amortissement

346. Transposée du droit privé, la notion d'amortissement a reçue de multiples définitions qui ont tenté d'être utilisées dans le domaine des délégations de service public.

⁴⁴⁶ Ibid, p. 100.

Dans son sens générique, « *l'amortissement est la constatation annuelle, en charge d'exploitation et en diminution de valeur d'actif, de la perte progressive de valeur d'usage des immobilisations inscrites au bilan* »⁴⁴⁷. Autrement dit, Il représente « *une opération de gestion d'un actif immobilisé, permettant de répartir sur la durée de vie utile de ce dernier son montant amortissable ; c'est-à-dire ses pertes de valeurs et les dotations financières correspondantes* »⁴⁴⁸.

Cette nouvelle notion a été transférée, pour la première fois, vers les contrats publics, par le biais de la Loi Sapin. Elle a été présentée par le législateur d'une façon un peu critique. En effet, ce dernier se comportait comme si cette notion était si concrète qu'elle ne nécessitait, de sa part, aucune explication ou élucidation de l'ambiguïté qui l'entoure.

347. Suivre le raisonnement du législateur nous met devant une obligation primordiale de définir le terme de l'amortissement. Or les recherches ainsi que les diverses utilisations de cette notion dans l'ensemble du système du droit public et privé montrent que cette notion acquiert différentes possibilités de significations. Certaines recherches préfèrent adopter une distinction tripartite de cette notion (A), d'autres optent pour une distinction fonctionnelle dualiste de l'amortissement (B). La présentation de ces différents types acquiert une importance majeure étant donné que ni le législateur n'était clair sur le type visé par l'article 40, ni le Conseil Constitutionnel n'était précis, par la suite, sur le type à privilégier dans son interprétation de l'article 40.

A- Une distinction tripartite de la notion d'amortissement

348. Une première définition de la notion d'amortissement, normalement adoptée en domaine du droit public, présente trois branches de la notion, qui peuvent être, l'une comme les deux autres, employées en droit des délégations de services publics. Ces trois branches sont d'origine doctrinale et sont par la suite adoptées à des degrés différents par la jurisprudence administrative. Il ne s'agit pas de dévoiler un secret en annonçant que l'adoption de l'une ou de l'autre de ces définitions entraîne des résultats

⁴⁴⁷ MENTRÉ Paul, « Les durées d'amortissement », Rapport au ministre d'Etat ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, La Documentation Française, 1987, p. 7

⁴⁴⁸ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse Toulouse I Capitole, 2009, p. 25

très variables au niveau de la durée choisie.

Ainsi, les trois types d'amortissements sont : l'amortissement comptable (1), économique (2) et financier (3).

1- L'amortissement comptable

349. L'amortissement comptable ou fiscal, est celui qui retient la durée de vie normale du bien. En effet, la fonction comptable représente la première fonction de l'amortissement par laquelle ce dernier représente « *la somme qui doit être déduite du résultat brut pour que l'entreprise ne distribue pas des revenus entamant son patrimoine ; c'est la somme qui permet de reconstituer le patrimoine grâce à des investissements de renouvellement* »⁴⁴⁹.

Autrement, l'amortissement comptable constitue « *la constatation comptable d'un amoindrissement de valeur d'un élément d'actif résultant de l'usage, du temps, du changement de technique ou de toute autre cause dont les effets sont jugés irréversibles* »⁴⁵⁰.

350. Dans un sens plus clair et simple, l'amortissement comptable et fiscal désigne les usages professionnels résultant des normes comptables et des pratiques fiscales⁴⁵¹. Il est en effet régi, principalement, par les dispositions du Code général des impôts et est le seul retenu par les services des impôts pour la détermination du résultat et de l'imposition. Il est calculé « *en fonction d'une durée de vie théorique de l'immobilisation* »⁴⁵². Par exemple, s'agissant des bâtiments commerciaux, la durée de l'amortissement comptable est au minimum de 20 ans et elle est assise sur le coût historique d'acquisition.

351. Ainsi, la durée calculée en fonction de l'amortissement fiscal serait la

⁴⁴⁹ MELYON Gérard et NOGUERA Remédios, *Comptabilité générale*, ESKA, 4^{ème} édition, 2004, note n° 53, p. 351

⁴⁵⁰ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 25

⁴⁵¹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 302

⁴⁵² GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 478

durée pendant laquelle « *l'exploitant est autorisé à inscrire une dotation représentant la dépréciation du bien dans son compte de résultat. Les règles fiscales fixent des fourchettes d'amortissement, à l'intérieur desquelles l'exploitant opère son choix. Si l'exploitation est bénéficiaire, l'exploitant a intérêt à amortir sur une durée courte* »⁴⁵³.

352. Cette définition prouve la soumission des biens aux effets du temps à travers la dépréciation de leur valeur. On peut parler d'une usure, détérioration (diminution de valeur), disparition (extinction) ou même d'une obsolescence (désuétude en raison du progrès technologique). La fonction de l'amortissement sera dans ce cas de retracer l'ensemble des pertes de valeurs des actifs immobilisés au passif du bilan de l'entreprise⁴⁵⁴.

2- L'amortissement économique

353. Le deuxième type d'amortissement est l'amortissement économique. Cet amortissement vise à établir une compensation⁴⁵⁵ entre, d'une part, les ressources dégagées par l'exploitation du service concédé et, d'autre part, les charges subies par le délégataire et qui se rapportent principalement aux coûts des investissements réalisés, aux charges d'exploitation et enfin le remboursement des emprunts éventuellement contractés.

D'une façon plus simple, l'on entend par amortissement économique, le temps nécessaire pour que « *le revenu procuré par un investissement en couvre la charge. Il est qualifié fréquemment de « temps de retour » d'un investissement* »⁴⁵⁶.

354. Parmi les différents types d'amortissements, l'amortissement économique constitue l'amortissement le plus malléable qui établit l'équilibre général dans le contrat. C'est l'amortissement que les entreprises pratiquent normalement pour avoir une idée réelle de la dépréciation de leurs immobilisations. Ainsi la durée calculée en fonction de l'amortissement économique doit tenir compte des conditions globales de rentabilisation

⁴⁵³ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Institut de la gestion déléguée, La Documentation française, Paris, 1999, p. 67

⁴⁵⁴ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 25

⁴⁵⁵ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, Paris, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 302

⁴⁵⁶ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit. p. 67

de l'activité. Elle vise, selon AUBY J.-F. « *les conditions dans lesquelles un délégataire peut dégager, sur son exploitation, les ressources permettant d'une part de couvrir l'exploitation courante du service, d'autre part les charges liées à l'investissement quelle que soit la manière dont cet investissement est financé (financement sur fonds propres, financement sur prêts bancaires, financement sur crédit-bail)* »⁴⁵⁷. Cette notion d'amortissement économique représente « *la résultante de la marge qui chaque année peut être dégagée sur l'exploitation pour couvrir la charge (financière) de l'investissement* »⁴⁵⁸. Cette dernière englobe, selon cette approche, des dépenses annexes à l'immobilisation principale, voire des coûts qui ne seraient pas considérés comme immobilisés (communication, formation). Cette marge dépend notamment de nombreux facteurs comme « *les conditions de rentabilité de l'activité (...), le choix stratégique fait par la collectivité en matière de tarifs* » et « *le caractère exclusif ou non exclusif de la prestation fournie aux usagers* ». Dans le premier cas le tarif d'équilibre ne pourra pas être remis en cause par les usagers, alors que dans le second, le tarif d'équilibre, déterminé par les conditions de la concurrence peut justifier la variété des durées proposées. Cette marge peut, de même, tenir compte du fait que la dépense nécessaire au renouvellement de l'installation serait supérieure à la dépense initiale en raison de l'évolution technologique et des changements techniques qui rendent inappropriés les biens antérieurement acquis. L'avantage que requiert l'amortissement économique c'est qu'il peut recommander certains modes de calcul que la fiscalité ne peut autoriser, notamment l'amortissement progressif.

355. Dès lors, l'amortissement économique doit résulter du « *chiffage prévisionnel des investissements et des conditions d'exploitation* »⁴⁵⁹. Ce chiffage prévisionnel serait préalablement déterminé en commun accord entre les deux parties de la délégation, et il aura une double mission : lors de la négociation, il servira les parties dans le choix de la durée du contrat, et à posteriori, il servira comme une base pour effectuer le contrôle de légalité par le représentant de l'Etat et par la suite, en cas de nécessité, le contrôle du tribunal administratif ou la chambre régionale des comptes.

⁴⁵⁷ AUBY Jean-François, « la délégation de service public : Premier bilan et perspectives », *RDP* 1996, p. 1095, spec. p. 1107

⁴⁵⁸ Idem

⁴⁵⁹ Idem

3- L'amortissement financier

356. Par amortissement financier, on désigne la durée des prêts, lorsque prêt il y a, sollicitée pour couvrir le financement de l'équipement. « *Cette durée dépend des pratiques bancaires au moment où l'investissement est financé, et de la part de l'investissement couverte par emprunt* »⁴⁶⁰. C'est cette durée du prêt qui constitue la principale distinction entre l'amortissement économique et l'amortissement financier⁴⁶¹.

357. Cependant, certains auteurs ont trouvé que la notion d'amortissement financier est trompeuse⁴⁶², et ceci pour plusieurs raisons. Selon M. AUBY, les organismes financiers adoptent certaines pratiques de détermination de durée qui n'ont pas nécessairement un rapport particulier avec l'amortissement économique d'un service public. Il évoque l'exemple des prêts qui sont rarement donnés pour des durées supérieures à 20 ans, alors qu'il existe des équipements publics de très grande taille qui nécessitent pour leur amortissement économique, une durée parfois supérieures à 20 ans.

C'est ainsi que fonctionne le système du marché financier. Dès lors, face à certaines conventions de délégation de service public qui nécessitent l'installation des équipements de longue durée de vie, le délégataire recourt souvent à bâtir des contrats durant lesquels l'amortissement financier va se développer sur une partie du contrat, la fin de celui-ci serait de sorte que le concessionnaire puisse récupérer les déficits qu'il a dû supporter pendant les années où il était contraint à couvrir, à la fois, les charges d'exploitation et les charges d'amortissement d'emprunt⁴⁶³.

358. Pourtant, l'un des désavantages de la notion d'amortissement financier est qu'elle ne prend point en considération la participation propre du délégataire au capital. Or il est certain que plus la participation en capital apportée par le délégataire sera élevée, moins les charges d'emprunt le seront. Et par conséquent il serait normal que les emprunts soient souscrits pour des durées plus courtes que si la totalité de

⁴⁶⁰ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit., p. 67

⁴⁶¹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, op. cit., p. 302

⁴⁶² AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », art. prec., spec. p.

13

⁴⁶³ Idem

l'investissement était couverte par des prêts.

C'est ce critère de l'amortissement financier qui fait obstacle à ce que la durée contractuelle lui soit équivalente étant donné qu'on ne peut négliger la présence des investissements dont les coûts sont couverts par des capitaux propres ne relevant pas de prêts bancaires et que ces apports en capitaux doivent également être rémunérés. « *Considérer donc l'amortissement financier pour servir de base au calcul de la durée normale d'un contrat est donc une approche insuffisante, même si on peut le corriger en calculant un taux de rémunération de fonds propres* »⁴⁶⁴.

359. D'une façon générale, ces méthodes d'amortissement sont fondées sur la durée probable d'utilisation du bien⁴⁶⁵. Cette définition tripartite de la notion d'amortissement est la plus connue et elle est souvent trouvée dans les manuels de droit public. Pourtant certains auteurs préfèrent une autre classification de cette notion.

B- Une distinction fonctionnelle dualiste de l'amortissement

360. Quoique la distinction tripartite de la notion de l'amortissement est assez claire et précise, certaines études ont opéré une seconde vision plutôt fonctionnelle de cette notion qui permet de l'établir suivant deux volets : l'amortissement industriel et commercial (1), et l'amortissement de caducité (2).

1- L'amortissement industriel et commercial

361. L'amortissement industriel et commercial désigne généralement la déduction opérée sur les produits d'exploitation, par les entreprises relevant de l'impôt sur le revenu (bénéfices industriels et commerciaux) ou de l'impôt sur les sociétés, en vue de constater et de compenser la dépréciation que subissent avec le temps certaines immobilisations sujettes à déperissement. Cette procédure de dépréciation conduit normalement « *à constater une accélération de la dégradation des immobilisations pour des raisons externes ou internes en relation avec la politique de gestion de l'entreprise.*

⁴⁶⁴ Idem

⁴⁶⁵ DEL PRETE Didier, *L'avenant dans les contrats administratifs*, Thèse, Aix-en-Provence, 6 décembre 2002, p. 350

Mais elle contribue aussi à opérer une correction artificielle du décalage constaté : la base amortissable étant modifiée pour tenir compte de la valeur la plus faible »⁴⁶⁶.

362. Cet amortissement désigne également « *l'opération consistant à étaler sur un nombre réduit d'exercices, certaines dépenses importantes dont le montant est provisoirement inscrit à l'actif du bilan sous un poste d'actif (valeurs immobilisées) ne correspondant en fait à aucune valeur réelle. Tel est le cas de la déduction échelonnée des frais d'établissement* »⁴⁶⁷.

363. Cette dénomination se réfère à la notion de l'amortissement comptable. Elle sert à constater le niveau d'utilisation des actifs de l'entreprise. Elle constitue un simple moyen de mesure de la dépréciation de ces actifs et de la perte de valeur des biens du fait de son usure ou de l'écoulement du temps. « *Ainsi, le montant des annuités dépend de la durée d'utilisation prévisible du bien lors de son entrée en fonction – sa durée de vie, en quelque sorte* »⁴⁶⁸.

364. D'ailleurs, l'amortissement technique et industriel présente trois caractères⁴⁶⁹ : le premier est sa certitude, cette dépréciation étant inévitable. Le second est la dissimulation ou l'illusion que crée l'immobilisation en service car la diminution de sa valeur, pour indiscutable qu'elle soit, reste généralement dissimulée sous une apparence extérieure inchangée. Et ce n'est que lors de la vente, ou lors de la mise hors de service de l'élément que la moins-value véritable sera mise en évidence. Finalement, le troisième caractère est celui de l'imprécision du montant de la dépréciation subie au cours d'un exercice donné. Théoriquement, une telle détermination exige une comparaison entre la valeur de la réalisation de l'immobilisation à la date de clôture dudit exercice et celle qu'elle comportait à la fin de la période d'imposition précédente. Mais étant donné qu'une telle comparaison est quasi-impossible en raison des difficultés que présenterait une estimation exacte de la perte subie, les sociétés recourent à une évaluation annuelle

⁴⁶⁶ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 223

⁴⁶⁷ <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/4544-PGP.html>

⁴⁶⁸ COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *RJEP*, n° 655, Juillet 2008, étude 6, p. 3, spec.

p. 4

⁴⁶⁹ <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/4544-PGP.html?identifiant=BOI-BIC-AMT-10-10-20120912>

forfaitaire d'une somme fixée, pour chaque élément d'actif, d'après la durée probable de son utilisation suivant un plan préétabli.

365. Du point de vue de la fonction industrielle/technique de l'amortissement, la durée normale d'amortissement représente la durée nécessaire pour que la valeur du patrimoine financé par le délégataire soit techniquement nulle⁴⁷⁰.

366. Pourtant, l'objectif de la technique de l'amortissement, en général, ne serait pas seulement d'appréhender les effets du temps sur le patrimoine, que l'amortissement technique et industriel assure, mais de permettre à l'entreprise d'anticiper financièrement le renouvellement des actifs qui ne participeront plus à la production⁴⁷¹. C'est pourquoi l'amortissement technique est complété par l'amortissement de caducité.

2- L'amortissement de caducité

367. Par opposition aux amortissements de droit commun, qualifiés d'amortissements techniques ou industriels, un amortissement dit de caducité vient s'intéresser restrictivement aux concessions de service public. Dans ces types de délégation, le concessionnaire est dans l'obligation de rendre gratuitement les installations à la fin de la délégation à la personne publique.

368. En gardant à l'esprit que la conception de l'amortissement fiscal se base sur la déduction d'annuité, dont le montant dépend de la valeur initiale du bien et de sa durée de vie prévisible, et qui, de ce fait, incite le délégataire à faire état, dans ses écritures comptables, de la perte de valeur du bien en question, et à dégager en franchise d'impôt les sommes qui permettront de remplacer ou de renouveler le bien une fois celui-ci devenu obsolète, ce type d'amortissement ne peut être adopté dans les contrats de concession. La principale raison de la non application de ce mécanisme est que, dans ce type de contrat, le concessionnaire est appelé à remettre gratuitement les ouvrages installés à la personne publique sans avoir à les renouveler. Pour répondre à cette réalité,

⁴⁷⁰ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 30

⁴⁷¹ Ibid, p. 26

le droit fiscal met en place un régime particulier réservé aux concessionnaires de service public. C'est l'amortissement de caducité qui a pour objet de « *permettre au concessionnaire d'amortir fiscalement l'ensemble de leurs investissements sur la durée du contrat de concession, et donc indépendamment de la durée de vie « intrinsèque » des équipements réalisés* »⁴⁷². Alors que ce régime a été créé par une instruction administrative du 31 janvier 1928 et admis par le juge fiscal depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1942 *Société X*⁴⁷³, le recours du Conseil à cette technique demeure réservé au cas des concessions où le retour gratuit des biens aux concédants apparaît comme certain. Ce régime « *vise à permettre à l'entreprise concessionnaire de dégager durant la durée du contrat les fonds nécessaires au remboursement de l'ensemble des capitaux qu'elle a investis dans la concession, et ce en franchise d'impôt* »⁴⁷⁴. Autrement dit, il permet d'anticiper, grâce aux prévisions de l'amortissement technique, le renouvellement du bien. Il s'agit d'opérer comptablement des dotations aux amortissements dans le but d'autofinancer le renouvellement du bien qui se déprécie en avec le temps en fonction de son utilisation⁴⁷⁵.

Dans ce cas rien n'oblige que la durée du contrat soit conforme à la durée prévisible de vie des installations, elle serait normalement à celle de vie des biens.

Ainsi, l'amortissement de caducité vise « *à prévenir la perte comptable liée à l'abandon sans contrepartie d'un bien à la collectivité délégante, plutôt qu'à traduire dans les comptes de l'entreprise la dépréciation de ce bien due à l'usage et à l'écoulement du temps* »⁴⁷⁶.

369. Dans ce type d'amortissement, c'est bien l'amortissement qui relève de la durée du contrat et non le contraire ainsi, la durée de la concession est prise en compte

⁴⁷² COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *RJEP*, n° 655, Juillet 2008, étude 6, p. 3

⁴⁷³ CE, 31 juillet 1942, n° 64927, *Société X*, *Rec.* 1942, p. 241

⁴⁷⁴ COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *prec.*, *spec.* p. 4

⁴⁷⁵ GRAS Antonin, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif* 2012, étude 13, p. 15 (note 7)

⁴⁷⁶ COLLET Martin, Note sous CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaîne Lucien barrière*, « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public », *RJEP* avril 2009, p. 13, *spec.* p. 14

pour déterminer le montant des sommes déduites chaque année du résultat imposable⁴⁷⁷. L'entreprise doit se rendre compte du temps qui lui est nécessaire pour amortir financièrement son investissement. Ce caractère strictement financier de l'amortissement de caducité justifie qu'il soit abordé normalement dans le cas d'un bien insusceptible d'être amorti techniquement. Il s'agit, par exemple, d'un terrain que le concessionnaire acquiert à ses frais pour y édifier un équipement, avant de remettre l'ensemble en fin de concession. On ne peut parler dans ce cas d'une « usure » du fait du temps ou de l'usage, ce qui exclut la notion d'amortissement technique. Or l'achat du terrain doit faire partie de l'investissement global engagé par le concessionnaire. Dès lors, il fait l'objet d'un amortissement financier de caducité. L'avantage de l'amortissement de caducité est qu'il permet au délégataire d'amortir fiscalement sur une durée réduite les capitaux qu'il engage pour la réalisation d'infrastructures ou d'équipements appelés à être remis gratuitement à la collectivité en fin de contrat, aussi coûteux qu'ils soient.

370. Cependant, la jurisprudence administrative a clairement précisé que l'amortissement de caducité ne peut jouer lorsque le contrat prévoit que le retour du bien à la collectivité concédante se fera contre une indemnité ou même lorsqu'une incertitude pèse sur l'issue de la concession et que l'indemnité n'est qu'éventuelle⁴⁷⁸. Par contre, la juridiction administrative a abandonné son ancienne jurisprudence sur l'exclusivité de l'application de ce régime aux concessions, dès lors il peut bénéficier aux autres formes de délégation de service public, dès lors qu'elles impliquent certains investissements de la part du délégataire⁴⁷⁹.

371. Ces différentes définitions vont nous conduire, certainement, vers un débat infini sur la signification de la durée normale d'amortissement et son efficacité dans la détermination de la durée de la convention.

Paragraphe 2 : Une adoption hésitante de la notion « durée normale d'amortissement »

⁴⁷⁷ COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », art. prec., spec. p. 4

⁴⁷⁸ Ibid, p. 3

⁴⁷⁹ COLLET Martin, Note sous CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaine Lucien barrière*, « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public », art. prec., spec. p. 14

372. Qu'une notion ait différentes significations ne constitue point un problème même en droit tant que la loi ou même la pratique optent clairement pour l'une ou l'autre des notions présentées d'une façon qu'aucune confusion ne soit discernée. Or le problème en l'espèce, c'est l'absence d'un choix clair fait par la loi ou même par la pratique des DSP. Ainsi, ces différents types d'amortissement constituent la première preuve de la difficulté et l'ambiguïté de lier la détermination durée à une conception vague et imprécise.

373. D'ailleurs pour mieux comprendre cette situation délicate, il serait opportun de commencer par étudier l'origine du rapport durée/amortissement (A) et comment cette notion a été introduite dans le domaine des DSP avant de démontrer que la notion de « *durée normale d'amortissement* » nécessite une action dans le sens de sa précision (B) pour qu'elle puisse atteindre son efficacité optimale.

A- L'origine du rapport durée/amortissement

374. Sans pour autant s'enfoncer dans les différentes conceptions de l'amortissement, l'utilisation de cette notion d'amortissement, dans sa généralité, dans les contrats publics en tant que référentiel juridique puise ses origines dans des pratiques antérieures à la loi Sapin (1). Pourtant la consécration législative de cette notion (2) n'est intervenue qu'avec l'article 40 de la Loi Sapin.

1- L'antériorité du rapport durée/amortissement à la loi Sapin

375. Si la transposition de la notion d'amortissement dans les contrats publics en général et les contrats de délégation de service en particulier revient à la Loi Sapin, sa place dans certains domaines du droit public⁴⁸⁰ est d'origine jurisprudentielle. En effet, le juge administratif s'y est référé depuis longtemps, en la considérant un critère de la durée du contrat. Ainsi cette dernière devait coïncider avec la « *réalisation complète des amortissements correspondant aux sommes engagées pour l'établissement du*

⁴⁸⁰ TUROT Jérôme, Note sous CE, 26 février 1990, *Société Brambi Fruits*, n° 84156, « Du prix des autorisations, des concessions, et autres droits conférés par l'Administration », *RJF* 1990, chronique, p. 311

service »⁴⁸¹.

Le rapport durée/amortissement a été aussi bien soutenu par la Cour des comptes que par les juridictions administratives. En fait, l'on remarquait dans certains rapports de la Cour des comptes une recommandation qui exigeait que « *la durée des contrats de concession et d'affermage doit être en rapport avec le temps d'amortissement des travaux et équipements à la charge du contractant* »⁴⁸².

376. Dans une première affaire en la matière, *Lavabre*⁴⁸³, le Conseil d'Etat a refusé de censurer une collectivité qui, malgré la cessation manifeste des conditions de légalité d'une exploitation d'un service local, l'avait laissée perdurer. En effet, le juge administratif justifiait son raisonnement en se fondant sur cette seule notion d'amortissement en considérant que « *les investissements nécessités par la mise en place des services en question n'avaient pu être rentabilisés, compte tenu de la durée insuffisante d'exploitation du service au moment de la demande de sa suppression* »⁴⁸⁴. Entre la préservation de la liberté du commerce et de l'industrie et le souci de ménager les finances publiques, le juge administratif a choisi de prémunir, d'une façon surprenante, la seconde. « *Plus d'un demi-siècle avant l'introduction de la technique de l'amortissement dans le droit budgétaire des collectivités locales, le raisonnement adopté très tôt dans le siècle ne manque pas de surprendre par sa modernité* »⁴⁸⁵.

377. Après être apparue dans une jurisprudence concernant les contrats de gestion déléguée, cette notion a ensuite figuré dans plusieurs jurisprudences administratives concernant les autres types de contrats publics.

378. On relève dans le cadre des contrats de domanialité publique l'affaire *Epoux Leduc*⁴⁸⁶, dans laquelle le Conseil d'Etat évoqua de nouveau le rapport durée/amortissement en établissant une règle suivant laquelle une relation de

⁴⁸¹ CE 20 mars 1908, *Compagnie générale des eaux*, *Rec.*, p. 286.

⁴⁸² Cour des comptes 5 juin 1991, *Rapport public*, La gestion des halles et marchés forains en Ile-de-France, p. 280

⁴⁸³ CE 23 juin 1933, *Lavabre*, *Lebon* p. 677

⁴⁸⁴ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA* 1996 p. 100, spec. p. 107

⁴⁸⁵ *Idem*

⁴⁸⁶ CE 16 mai 1976, *Epoux Leduc*, *Lebon* p. 252

proportionnalité doit s'établir entre la durée de l'autorisation domaniale et le temps nécessaire à l'amortissement des installations réalisées sur le domaine public. Ainsi en cas de résiliation du contrat le juge sera en mesure de la refuser ou d'exiger une indemnisation du délégataire équivalente « *au prix de revient, déduction faite des amortissements, sans réévaluation* »⁴⁸⁷. En fait, le Conseil d'Etat n'a pas manqué une occasion de condamner, et à plusieurs reprises, l'Administration à rembourser les capitaux non amortis en cas de résiliation anticipée du contrat⁴⁸⁸.

379. On pourra ensuite détecter l'insistance de la jurisprudence administrative sur la présence de ce rapport dans le cadre du marché d'entreprise et de travaux publics⁴⁸⁹.

380. D'ailleurs, l'influence de l'amortissement sur la détermination de la durée et des autres clauses du contrat était restée dans le cadre de l'interprétation jurisprudentielle jusqu'à l'apparition de la Loi Sapin.

381. Cependant, la netteté de la recherche nous oblige à reconnaître au législateur un but relativement marqué dans ce champ avant la Loi Sapin. En effet, il avait eu recours à cette notion pour déterminer les conditions de résolution de certains contrats de gestion déléguée. Ainsi la loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales disposait déjà que dans l'hypothèse d'une « *résolution d'un contrat de concession résultant de la mise en règlement judiciaire ou en liquidation de biens de la société [...] le traité de concession comprend une clause prévoyant [...] les conditions d'indemnisation par le concédant de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par le concessionnaire et affectés au patrimoine de la concession* »⁴⁹⁰.

2- La consécration législative du rapport durée/amortissement

382. En définitive, la consécration législative de ce principe est intervenue avec l'article 40 de la Loi Sapin. Jusqu'à cette date, aucune loi n'est intervenue expressément

⁴⁸⁷ BRAD Yves, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 1994, p. 85

⁴⁸⁸ CE 4 juillet 1975, *Société Générale technique*, Lebon p. 509

⁴⁸⁹ CE 7 octobre 1986, *Société Missenard c/ OPHLM interdépartemental de la région parisienne*, Lebon tables p. 612

⁴⁹⁰ Art. 5, § III, de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, JO du 8 juillet 1983, p. 2099

sur cette notion. En effet, à part la loi du 2 mars 1982 qui avait interdit l'élaboration de durées contractuelles excessives, seule une circulaire du 7 août 1987 incitait les collectivités territoriales à conclure des conventions d'une durée plus mesurée grâce à une série de recommandations. Il s'agissait du dernier exemple notable de durées « *conseillées* » pour les conventions de service public local. Et pourtant, aucun de ces textes n'évoquaient l'amortissement en tant que référentiel juridique pour la détermination de la durée contractuelle.

383. De retour à la Loi Sapin et précisément à son article 40, la durée « *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* ». On remarque que cet alinéa révèle deux situations distinctes concernant la détermination de la durée des DSP. Il s'agit premièrement du cas où la délégation ne fonde à la charge du délégataire aucune installation à établir et où la notion d'amortissement ne trouve donc pas sa place (a), et deuxièmement du cas où ce dernier prend à sa charge la construction des installations. Ainsi, selon le texte, le rapport durée/amortissement n'est mis en place que dans le second cas, c'est-à-dire dans le cas des conventions de concessions (b). Ce qui nous permet de partir d'une hypothèse selon laquelle la détermination de la durée en fonction de l'amortissement n'est qu'une illusion étant donné qu'elle ne peut concerner qu'une série des DSP.

a- L'absence de la notion d'amortissement dans certains types de DSP

384. Dans le premier cas évoqué par l'article 40, c'est-à-dire en cas d'affermage, la détermination de la durée est liée aux prestations exigées par le délégant. Dans ce type de délégation, le délégataire n'a pas en principe à réaliser des investissements, soit parce qu'il s'agit d'un service sans investissement, soit parce que l'investissement est déjà réalisé par le délégant ou par un ancien concessionnaire, soit il est prévu qu'il soit pris en compte, au cours de l'exécution, par le délégant. Ainsi il est évident que la durée n'est pas liée à la notion d'amortissement en raison de l'absence des installations à réaliser par le délégataire. Dès lors, la durée du contrat sera calculée en

fonction des prestations demandées par le délégant, c.à.d. des activités de services, sous réserve de la réalisation d'investissements immatériels parfois utiles à la gestion du service délégué, telles les études.

385. Pourtant, la détermination de la durée dans ces contrats n'est pas moins compliquée que sa détermination dans les concessions. En effet, il n'existe pas un repère fixe auquel l'on peut se référer pour mesurer la valeur des prestations et la durée qui leur est convenable. L'on parlera souvent, dans ces contrats, d'une fixation de la durée au regard du plan prévisionnel d'exploitation de la délégation qui pourra s'inspirer des pratiques du secteur privé, tel le cas de la restauration collective⁴⁹¹.

386. Selon une vision économique de la gestion du contrat, le législateur a visé, de la liaison de la durée aux charges reposant sur le délégataire, à lui permettre *« d'équilibrer par ses recettes l'ensemble de celle-ci et de dégager un profit dont la légalité est parfaitement admise dans un système juridique d'inspiration libérale »*⁴⁹².

Ainsi, lors de la détermination de la durée, le délégant doit tenir compte des conditions dans lesquelles le délégataire va réussir à dégager de l'exploitation du service les ressources nécessaires à la couverture des charges d'exploitation et d'investissement.

387. La durée doit être proportionnelle aux prestations exigées par le délégant. De ce fait, la durée dans ce cas est normalement courte étant donné que le délégataire n'a pas à réaliser des investissements matériels. Mais, cependant, rien n'interdit qu'elle soit assez longue et ceci en raison de l'ampleur des investissements immatériels (études ou autres) qu'appelle la gestion déléguée d'un service public. En effet, la dépendance de la durée des prestations demandées n'éclaire cependant guère l'observateur sur les conséquences que cela peut avoir concrètement sur le calcul de la durée des DSP. Il ne serait pas évident de savoir quelle méthode adopter pour relativiser la durée en fonction des prestations parce qu'il n'existe pas, en la matière, des durées standards ni des règles générales qui facilitent cette détermination. Ce sont les conditions propres à chaque contrat qui doivent déterminer la durée contractuelle. Et ceci n'est pas aussi simple qu'il

⁴⁹¹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 303

⁴⁹² Ibid, p. 302

le paraît car personne ne pourrait vérifier l'exactitude de cette proportionnalité entre prestations et durée pour apprécier si le choix de la durée est conforme aux prestations ou non. Cette réalité affirme l'idée de la casuistique de la durée contractuelle et l'impossibilité de voir imposer des règles générales applicables à l'ensemble des délégations de service public ou à des types précis de DSP.

Ainsi, cette disposition nous permet de penser que la véritable intention du législateur était de laisser une marge assez large à la collectivité dans la détermination de la durée sans lui imposer d'inutiles contraintes. Ainsi, il n'est pas facile de détecter l'erreur dans le choix de la durée sauf, à vrai dire, le cas de l'erreur manifeste d'appréciation.

388. D'ailleurs, pour contrôler le choix de la durée dans les cas d'absence d'investissements et de dépendance de la durée des prestations à réaliser, le juge administratif a procédé à la vérification de l'équilibre économique. Ainsi, les juges du fond ont admis qu'une durée de douze ans était régulière lorsque l'équilibre économique du contrat n'est atteint qu'à l'issue d'une période de dix à douze ans⁴⁹³.

389. Cependant, l'enjeu de l'amortissement dans la détermination de la durée de la DSP ne présente son point fort que dans les contrats de concessions, qui imposent au délégataire l'établissement d'une installation, or en dehors de ces contrats l'influence de cette notion sur la détermination de la durée, comme on vient de le voir, se réduit au minimum.

b- L'influence de l'amortissement dans les contrats de concession

390. Concernant les concessions de service public, c'est-à-dire « lorsque les installations sont à la charge du délégataire », la loi dispose que « *la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser* ». C'est ici que le rapport durée/amortissement prend place. Dans ce cas, la durée du contrat est liée à la vie des installations établies par le délégataire. L'article poursuit en indiquant la durée « *ne peut dans ce cas dépasser la*

⁴⁹³ JAYET Jean-Daniel, Conclusions sur TA Grenoble, 8 novembre 2002, *Préfet de Haute-Savoie*, BJCP n° 27, 2003, p. 146

durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ». Ainsi l'importance de la concession ne saurait servir de prétexte pour attribuer au contrat une durée qui pourrait donner à terme au délégataire une rentabilité due à la disparition du coût d'amortissement⁴⁹⁴.

391. Lorsque la délégation exige la réalisation des investissements, il serait essentiel et logique que la durée du contrat soit conditionnée par la masse de ces investissements, leur nature et leur montant. Mais cette détermination est énormément compliquée surtout lorsqu'il s'agit de grands projets avec de grandes installations qui nécessitent pour leur amortissement une longue durée. En effet, au cours de cette période, personne ne peut garantir la stabilité de la situation et qu'aucun incident ne vienne entraver l'exécution normale du contrat. Il serait donc impossible de prévoir une durée préalable surtout que la réévaluation de la durée lors de la réévaluation des valeurs des installations n'est, pour le moment, ni acceptable ni envisageable.

392. Toutefois, l'avantage de l'absence d'un barème précis régissant le rapport étroit entre la durée d'amortissement et la nature des installations, est que les contractants bénéficient d'une large marge de liberté et de négociation qui dépend de la méthode de calcul de l'amortissement librement choisi.

393. En outre, le rapport durée/amortissement n'est pas limité au droit interne des concessions. Ainsi, l'article 16 de la proposition de directive sur l'attribution des contrats de concession (COM[2011] 897 final) pose une règle qui s'inscrit dans la même veine⁴⁹⁵, tout en préservant expressément la rémunération du concessionnaire : « *La durée de la concession est limitée au laps de temps jugé nécessaire pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements effectués lors de l'exploitation des travaux ou des services et de lui assurer une rémunération raisonnable du capital investi* ». Une approche identique a été également retenue dans le contentieux communautaire selon lequel la durée d'une concession peut être liée à la durée d'amortissement des

⁴⁹⁴ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 478

⁴⁹⁵ NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441, spec. p. 1442.

investissements exigés en application du contrat⁴⁹⁶.

394. Ainsi la durée de la délégation varie en fonction des installations mises à la charge ou non du délégataire. Dès lors, le rapport durée/amortissement n'est pas corrélatif à la notion de DSP en général, étant donné qu'il ne peut être servi que pour les conventions de concession, et même pour ces contrats, il n'est ni le seul rapport à prendre en considération, ni suffisant pour pouvoir fixer préalablement une durée convenable.

B- La durée normale d'amortissement, une notion à préciser

395. L'imprécision de l'article 40 sur les modalités de détermination de la durée a été suivie d'une ambiguïté complète dans la décision rendue par le Conseil Constitutionnel lorsqu'il a été amené à se prononcer sur ce point (1). Cependant, la doctrine, et dès la promulgation de la Loi Sapin, s'est dépêchée de prendre une position et de proposer des interprétations de ce rapport en analysant l'intention du législateur. Elle a été la première à étudier cette notion dans tous ses aspects, et elle a été par la suite suivie par le juge administratif, d'où l'importance de son apport (2).

1- L'imprécision du législateur et du Conseil Constitutionnel sur la durée normale d'amortissement

396. Dans sa rédaction d'origine, l'article 40 de la loi Sapin risquait de n'intéresser, de l'ensemble des DSP, que les contrats de concession, étant donné que la détermination de la durée était liée, dans le projet de loi, aux investissements que le délégataire doit mettre en place, sans pour autant prendre en compte que certains contrats de DSP peuvent ne pas exiger la réalisation des investissements. Pourtant, lors de la première lecture au sein de l'Assemblée Nationale, le parlementaire Jean-Jacques HYEST proposa une rectification de cette rédaction en adoptant une autre plus générale liant la détermination de la durée aux prestations demandées au délégataire et c'est ainsi que cette expression fut introduite au texte législatif.

397. Cependant ce rapport durée/prestations crée autant de problèmes que le

⁴⁹⁶ ZIMMER Willy, Note sous CJUE, 9 septembre 2010, aff. C-64/08, *Ernst Engelmann, Contrats-Marchés publics* 2010, comm. 388, p. 36

rapport durée/amortissement en raison de l'absence des critères objectifs permettant une bonne adéquation de la durée contractuelle aux prestations demandées⁴⁹⁷. Cependant, la seule différence, ici, est que la durée dans ces contrats est normalement plus courte ce qui réduit le risque d'avoir une rente de situation, et même en présence d'une telle situation, son effet néfaste restera relativement moins grave.

398. Il était évident que par la transposition de l'amortissement dans la Loi des délégations des services publics, le législateur voulait s'en servir comme un référentiel pour calculer la durée contractuelle. D'ailleurs, la durée normale d'amortissement n'est pas aussi précise que le législateur semblait le penser.

Dès lors, on peut se demander si le législateur, en renvoyant à la « *durée normale d'amortissement* » a choisi de se référer aux règles comptables et fiscales qui sont relevées des usages professionnels. « *C'est donc la durée pendant laquelle le gestionnaire inscrira, dans son compte de résultat, le montant de la dépréciation du bien qui sera déterminante* »⁴⁹⁸ ou peut-être visait-il une autre signification de l'amortissement? Cependant, l'imprécision totale nous porte à croire que le législateur ne voulait pas se confronter aux droits reconnus par la Constitution aux collectivités, telle la liberté d'administration de l'article 72. On remarque, ainsi, que le législateur voulait d'une part mettre fin aux rentes de situation mais ne voulait pas voir ses dispositions censurées par le Conseil Constitutionnel, c'est pourquoi il est resté sous les termes généraux de la limitation, quoiqu'il ait tenté en vain de faire passer certaines dispositions restrictives.

399. Face à cette ambiguïté du législateur qui pose de problèmes beaucoup plus qu'elle en résout, on aurait pu s'attendre à une décision ferme du Conseil Constitutionnel qui dresse des barrières bien claires entre les droits des collectivités et les intérêts d'une bonne gestion des services publics locaux. Pourtant la décision du Conseil ne s'est pas tardée à arriver et à décevoir tous les espoirs qui lui étaient accordés.

⁴⁹⁷ LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4, spec. p. 6

⁴⁹⁸ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 144

400. D'une façon générale, la décision du Conseil Constitutionnel sur la Loi Sapin, a veillé à établir, elle aussi, une conciliation générale entre les principes contradictoires sans entrer dans les détails. Dans ce sens, le Conseil considère que le principe de la liberté d'administration n'est pas attaqué en imposant la détermination, étant donné que même en limitant la durée de la concession à la durée normale d'amortissement du bien, le législateur « *a laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées* ». Ainsi, le Conseil Constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la signification du terme amortissement qui doit servir de base pour calculer la durée. On pourrait même se demander si le Conseil Constitutionnel a déclaré l'article 40 conforme à la Constitution en raison de sa généralité et son ambiguïté.

Dès lors, en validant la disposition sous réserve que la durée normale d'amortissement doit pouvoir être contrôlée par le juge administratif et se négocier au cas par cas, le Conseil Constitutionnel a lui aussi préféré rester à l'écart et faire passer ces dispositions tout en laissant au juge administratif le soin de les contrôler sans lui préciser, pour autant, les outils qui lui serviront de base pour effectuer ce contrôle. Par conséquent l'on ne sait avec certitude si le Conseil Constitutionnel voulait privilégier, par ses termes généraux de contrôle, le juge administratif ou la liberté de la collectivité. Par conséquent, le contrôle du juge administratif peut-il s'étendre pour apprécier l'opportunité même du type d'amortissement choisi par la collectivité ou doit-il se borner à vérifier la proportionnalité de la durée fixée en fonction du mode d'amortissement librement choisi par la collectivité ? Est-il autorisé, par exemple, à censurer la collectivité pour avoir recouru à l'amortissement financier au lieu de l'amortissement comptable dans une situation où il considère que l'amortissement comptable aboutira à des résultats plus exacts ?

401. En effet, cette décision est aussi générale et ambiguë que le texte législatif lui-même, et de ce fait elle n'a rien ajouté au texte principal qui peut aider à savoir la modalité convenable à employer. La décision finit, ainsi, par dire que la collectivité est libre d'adopter le mode d'amortissement qu'elle juge opportun tout en connaissant que

l'emploi de l'un ou de l'autre aboutira à des choix de durée bien différents. Ainsi pour respecter la marge de la liberté des collectivités, le risque d'avoir des choix de durée non exacts persiste. À quoi bon sert ce rapport durée/amortissement s'il va conduire à des résultats distincts ?

402. À notre avis, la question de la durée n'était pas la seule question, ou même la question primordiale, qui préoccupait le Conseil Constitutionnel. Ce dernier était pris par la reconnaissance de la valeur constitutionnelle aux principes défendus par la Loi Sapin, à savoir la transparence et la concurrence, et de son point de vue, la durée fixée, quel que soit son mode de calcul, constitue le moyen d'atteindre ces objectifs. Pourtant, peu importent les critiques que l'on peut étayer sur la réalité du rapport entre la limitation de la durée et la concurrence, et sur le fait que la concurrence n'est qu'un « *moyen d'obtenir le prix le plus favorable pour les usagers et [que] sa réalisation semble plus sûrement atteinte par la liberté de négociation de la convention que par la succession de conventions distinctes qui privilégient une catégorie de contractants attirés par le court terme, [et que] les objectifs constitutionnels sont atteints par les règles de publicité et les procédures de négociation, et non par la limitation de la durée des concessions*⁴⁹⁹ ». Ces critiques ne changent pas la réalité que le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision en s'intéressant à la constitutionnalisation de ces principes abstraction faite à la validité ou à l'efficacité du rapport durée/amortissement.

2- L'apport de la doctrine à la précision de la notion de durée normale d'amortissement

403. Dans le silence de la loi et de la jurisprudence, la doctrine a présenté différentes hypothèses non unifiées sur la signification et le calcul de la durée normale d'amortissement. Ces hypothèses variaient entre celles qui soutiennent le rapport durée/amortissement (a) et celles qui se posent des questions sur son effectivité (b).

a- Une doctrine soutenant le rapport

⁴⁹⁹ POUYAUD Dominique, «Concurrence, transparence et libre administration, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques», *RFDA* 1993, p. 902

404. Le rapport amortissement/durée est le résultat du rapport amortissement/gestion déléguée. Cette notion de l'amortissement est déterminante, non seulement dans le choix de la durée, mais aussi dans le choix du mode de la gestion déléguée⁵⁰⁰. Pour la plus grande partie de la doctrine, ce rapport est essentiel et constitue une nouveauté dans le domaine des DSP qui va garantir son évolution.

405. Cependant, cette doctrine s'est basée, surtout en premier temps, sur la durée de l'amortissement comptable des investissements pour interpréter la notion de « durée normale d'amortissement des installations ». Ainsi il a été considéré que « *les règles de l'amortissement comptable de l'équipement à la charge du concessionnaire fourniront une référence incontournable* »⁵⁰¹.

406. Yves LUCHAIRE a réparti l'amortissement suivant deux éléments :

« - *le remboursement des sommes engagées pour la réalisation des installations ;*

- *le bénéfice légitime que l'entreprise peut raisonnablement espérer retirer de son intervention* »⁵⁰².

Ainsi, selon lui, la durée normale d'amortissement, c'est la durée qui permet de réaliser ces deux conditions. En revanche, il poursuit son raisonnement en considérant que le problème principal réside dans le fait de pouvoir déterminer le montant de ces deux éléments. Si la détermination du premier élément paraît plus simple et se base sur des éléments objectifs et incontestables, comme les factures de matériaux et sous-traitants, la pratique montre des situations controversables, tel est le cas de l'exemple du conflit entre Eurotunnel et T.M.L. où « *ces factures sont parfois soumises à discussion lorsque certains travaux sont jugés par les uns nécessairement inclus dans la prestation demandée et par les autres comme des exigences nouvelles du délégant* »⁵⁰³. Cependant, concernant le deuxième élément, son appréciation est toujours plus délicate. LUCHAIRE

⁵⁰⁰ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », art. préc., spec. p. 101

⁵⁰¹ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, op. cit., p. 303

⁵⁰² LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4, spec. p. 7

⁵⁰³ Idem

considère que « *des évaluations peuvent être faites sur la base de marchés comparables (s'il en existe), ou sur la base de ce qui a été accepté par le délégataire à l'occasion d'autres marchés. Des distorsions trop importantes pourraient être considérées comme la recherche de bénéfices excessifs ou injustifiés (enrichissement sans cause)* »⁵⁰⁴.

407. AUBY J.-F., dans son étude sur les DSP, a aussi considéré que la loi a fait référence, en évoquant la notion de durée normale d'amortissement, « *aux règles comptables qui renvoient aux usages professionnels tels qu'ils émanent des normes comptables et aux pratiques fiscales* ». En effet « *si l'amortissement a, en matière comptable, un sens économique très précis puisqu'il se réfère à la durée de vie normale d'un équipement, ce sens n'a de portée que générale et doit être adapté à chaque cas particulier dans les limites posées par les usages comptables* »⁵⁰⁵.

408. D'une façon générale, la majorité de la doctrine avait considéré pour une longue durée que la disposition qui énonce que « *la durée de la convention ne peut dépasser la durée normale d'amortissement* », fait référence exclusivement aux règles comptables qui renvoient à la fois aux usages professionnels tels qu'ils émanent des normes comptables et aux pratiques fiscales. Cette interprétation sera changée avec les jurisprudences à venir. Pourtant « *si l'on se réfère aux normes comptables et fiscales en matière de bâtiments commerciaux, on s'aperçoit que les usages généraux prévoient des durées d'amortissement comprises entre 20 et 50 ans, ce qui, on en conviendra, n'éclaire pas beaucoup sur la durée de contrat à retenir dans chaque cas particulier* »⁵⁰⁶.

409. En outre, en adoptant la définition financière de l'amortissement, deux phénomènes pourront être relevés : « *la quasi-immédiateté, car l'amortissement minore à court terme les résultats de l'entreprise en raison des pertes de valeurs [et] la durée, puisque l'amortissement suppose une politique de gestion, comptable et financière, permettant d'anticiper les coûts liés au renouvellement du patrimoine* »⁵⁰⁷. Si

⁵⁰⁴ Idem

⁵⁰⁵ AUBY Jean-François, « la délégation de service public : Premier bilan et perspectives », *RDP* 1996, p. 1095, spec. p. 1108

⁵⁰⁶ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12, spec. p. 14

⁵⁰⁷ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 26

l'amortissement constitue le facteur essentiel dans la détermination de la durée, cette dernière constitue à son tour un élément fondamental dans la détermination de l'amortissement total des biens. En effet le droit fiscal présente deux paramètres de la détermination de l'amortissement comptable, à savoir « *la durée d'amortissement de chaque actif qui est calculée à partir du prix de revient de chaque actif et les modalités fiscales d'amortissement de l'actif* »⁵⁰⁸.

410. Toutefois, la durée normale d'amortissement est jugée par les uns comme tendant « *à la fois à abréger les concessions et à augmenter les tarifs du service public à moyen terme* »⁵⁰⁹. En effet, en se basant sur cette notion, il serait impossible de compenser une première période où la rentabilité est faible en raison de l'amortissement et une seconde période de forte rentabilité. Les usagers seront face à un haut tarif compensant les coûts sur une période plus courte. Corrélativement, la marge totale de gain espérée sur l'ensemble du contrat serait ajoutée aussi sur une période plus courte.

b- Une doctrine douteuse de la stabilité du rapport

411. « *La notion d'amortissement est présentée comme le critère permettant de déterminer le terme au-delà duquel la durée d'une convention de délégation de service public ne saurait être fixée sans être entachée d'erreur manifeste d'appréciation* »⁵¹⁰.

412. Pourtant, pour une partie de la doctrine, quoique peu nombreuse surtout dans les premières années d'adoption de la Loi Sapin, ce rapport ne semble être ni possible sauf modération, ni suffisant. En effet, la doctrine se posait cependant des questions sur la validité du rapport durée/amortissement et s'il peut être appliqué. Selon cette doctrine, ce rapport ne peut assurer la détermination d'une durée fixe au moment de la conclusion du contrat. Et même si cette durée est approximativement déterminée, elle sera nécessairement soumise à une réévaluation si elle va s'accorder à la notion d'amortissement.

⁵⁰⁸ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 28

⁵⁰⁹ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 478

⁵¹⁰ MARCHAND Jennifer, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres métropole, Droit Administratif*, n° 3, Mars 2013, étude 6.

413. En effet, pour que le calcul de la durée du contrat de DSP en fonction de l'amortissement soit effectif, la présence d'un élément invariable serait nécessaire. Or l'amortissement ne constitue pas cet élément, et dire que « *la valeur juridique de ce calcul dépend en effet de la consistance de la valeur patrimoniale à amortir, qui ne doit subir aucune variation entre la signature et le terme du contrat* »⁵¹¹ est loin d'être exact. Autrement la durée contractuelle ne correspondra plus à la durée normale d'amortissement.

414. En fait, depuis toujours, les décideurs privés prennent en compte dans la détermination des coûts de fonctionnement et des résultats d'exploitation « *l'amointrissement de la valeur d'un élément d'actif résultant de l'usage, du temps, du changement de technique* »⁵¹².

415. Il existe un grand écart entre la durée contractuelle, calculée en fonction de la valeur prévisionnelle des amortissements techniques et la dépréciation réelle du patrimoine. En effet depuis le 1^{er} janvier 2005, les modes de comptabilisation des amortissements par les entreprises ont été reformés⁵¹³. En vertu de cette réforme, les entreprises exercent une réévaluation globale à la baisse du temps nécessaire pour amortir techniquement le patrimoine, ainsi qu'une réévaluation de la valeur de chaque actif qui compose ce patrimoine. À travers la mise en œuvre de la technique de l'« *Impairment test* », l'entreprise vérifiera si les valeurs amorties comptablement correspondent à la perte de la valeur réelle du patrimoine. Par conséquent, si un écart est détecté, l'entreprise sera dans la possibilité de réviser ses plans comptables. Ce qui fait que dans la pratique la durée contractuelle fixée au début du contrat ne correspond pas exactement à la durée d'amortissement des biens de retour financés par le délégataire vu que cette dernière est périodiquement réévaluée⁵¹⁴.

⁵¹¹ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 35

⁵¹² LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », art. prec., p. 100

⁵¹³ Article 44 de la Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, de finances rectificative pour 2004, JO n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522 et s

⁵¹⁴ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 36

416. En surplus, l'adoption de l'amortissement technique appuie la mutabilité de cette notion en prenant compte que la valeur totale du patrimoine à amortir techniquement durant l'exécution qui peut varier d'une façon significative. L'« *Impairment teste* » ainsi que les nouvelles modalités de comptabilisation « *conduisent soit à traiter les accélérations dans la perte de valeurs des actifs immobilisés, soit à enregistrer une diminution significative de la valeur patrimoniale à amortir, en décomposant chaque actif et en traitant séparément l'amortissement de chaque composant* »⁵¹⁵.

417. Ainsi, la notion d'amortissement voulu stable et fixe par le législateur se caractérise en réalité par de nombreuses fluctuations. Ces fluctuations, caractérisant l'amortissement, résultent de plusieurs facteurs : « *la prédominance du principe d'estimation financière, qui ne permet pas de réaliser à ce jour des expertises fiables en amont ; la complexité des modalités d'établissement des plans d'amortissement ; la variabilité des modes de comptabilisation des amortissements ; les enjeux de la méthode par composant ; les mécanismes de réévaluation des actifs ; l'instabilité des valeurs amorties* »⁵¹⁶.

418. Pourtant, si le cocontractant de l'Administration se trouve un jour dans la possibilité d'adopter la procédure de réévaluation des actifs, les effets d'une dépréciation ne se limiteront pas aux déclarations fiscales. Elle aura des répercussions sur le traitement de l'amortissement ainsi que sur le système entier de la délégation. Et étant donné que l'amortissement est le facteur déterminant de la durée d'une DSP, la mise en œuvre de ce test mettra en cause la question de la fixation préalable d'une durée invariable. Si le recours à l'utilisation de la notion d'amortissement dans la DSP se justifiait dans le passé par le caractère à priori stable et fixe de cette technique, l'adoption du test de réévaluation des actifs mettra en cause la finalité de cette technique.

En effet, en prenant en considération les processus périodiques de réévaluation des valeurs patrimoniales, la durée réelle d'amortissement des biens serait certainement plus

⁵¹⁵ Ibid, p. 41

⁵¹⁶ Ibid, p. 227

courte que celle estimée au départ dans les plans prévisionnels⁵¹⁷. Ainsi si l'on opte pour une durée contractuelle équivalente à la durée normale d'amortissement, un décalage apparaîtra entre les deux durées, une fois la durée réelle de dépréciation des actifs raccourcie. Ainsi la détermination de la durée en fonction de la durée normale d'amortissement sans prendre en compte la réduction de cette durée au cours de l'exécution en fonction de la dépréciation des actifs représente pour le délégataire un bénéfice net supplémentaire étant donné qu'il est dans la possibilité de continuer à utiliser des biens qui auront une valeur comptable nulle mais continuent à fonctionner en bénéficiant de l'absence du contrôle de la part de la collectivité publique. Ainsi l'esprit de la Loi Sapin et la lutte contre la corruption serait remis en question par ce choix de durée déterminée qui ne correspond plus à la situation actuelle des biens à amortir.

419. La difficulté dans la détermination de la notion normale d'amortissement réside également dans la difficulté de définir les paramètres assurant la rémunération la plus raisonnable pour le délégataire sans décimer les intérêts des usagers et du service. De même, l'adoption de la notion de l'amortissement dans le calcul de la durée fait de cette détermination une technique purement financière, qui signifie que tant que les installations créées par le délégataire sont amorties rien ne justifie un nouveau recours au contrat de concession. Pourtant cette technicité n'est pas trop convenue dans la vie pratique des services publics.

420. À notre avis, la durée normale d'amortissement, comme son nom l'indique, représente uniquement la durée pendant laquelle les installations sont amorties. Or la durée contractuelle doit représenter, en plus de cette durée, la durée nécessaire pour que le délégataire puisse accomplir un certain gain. S'il est possible de déterminer avec le plus de crédibilité la deuxième partie de la durée contractuelle à travers un accord entre les contractants sur le pourcentage de gain, il est impossible de déterminer sans faute la durée exacte d'amortissement des installations étant donné que l'amortissement dépend dans certains contrats, loin de l'hypothèse de la dépréciation des valeurs, du taux de fréquentation de l'installation, comme en cas des autoroutes, et qui ne peut être connu à l'avance, et dépend dans d'autres contrats de certains facteurs extérieurs qui peuvent

⁵¹⁷ Ibid, p. 192

intervenir au cours de l'exécution. Ce qui nous conduit à reposer la question de la faisabilité d'avoir une durée déterminée lors de la conclusion du contrat.

421. D'une façon générale, alors que les traitements comptables du patrimoine réalisés durant la phase de l'exécution de la délégation sont fluctuants et difficiles à contrôler par la personne publique, le régime juridique de la commande publique, en général, et le régime des DSP en particulier, tel que présenté par la Loi Sapin continue à ne pas prendre en compte ces variations. Il est regrettable que la loi leur ait transposé cette notion d'une façon fractionnée. Ainsi, jusqu'à présent, la durée des DSP continue à faire l'objet d'une étude préalable et tient de ce fait, toujours compte des estimations comptables d'amortissements définies en amont sans prendre en compte des évaluations ultérieures qui affectent ce référentiel. Dès lors, ce rapport ne peut être qualifié que de paradoxal, surtout en y ajoutant un ensemble de facteurs affectant la détermination de la durée et qui sont eux aussi variables.

Section II : La variabilité des enjeux de la fixation de la durée

422. Réduire la détermination de durée à la seule notion d'amortissement, quel que soit le type adopté, est une banalisation du processus de détermination. Certes le rapport entre durée et amortissement est fondamental et emporte tout autre lien, mais, il est évident qu'il existe d'autres facteurs, notamment financiers, qui manipulent la durée d'une convention de délégation de service public (paragraphe 1) et qu'il ne faut pas les mettre à part lors de sa détermination.

423. En outre, la jurisprudence administrative s'est prononcée, à différentes étapes, sur la question du rapport durée/amortissement et son intervention reflétait clairement un anéantissement de ce rapport (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La dépendance de la durée envers autres facteurs financiers

424. En effet, pour reprendre certains postulats, la durée fait partie des clauses contractuelles de la DSP, et de ce fait elle dépendra directement ou indirectement de l'ensemble des enjeux financiers du contrat. De l'article 40, ainsi que de la définition de la DSP l'on pourrait dégager les éléments affectant la détermination de la durée. De

l'article 40 l'on relève que les conventions doivent prévoir leur durée et que cette durée doit être déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements réalisés. Elles ne peuvent contenir des clauses permettant au délégataire de prendre à sa charge des prestations étrangères à l'objet de la délégation. De même, les montants des droits d'entrée et des redevances perçues par le délégant sur le délégataire doivent être justifiés dans la convention. De surplus, la définition unanime des DSP qui les présente comme des conventions par lesquelles une personne publique charge une autre personne morale de l'exploitation d'un service public moyennant une rémunération déterminée par les résultats financiers de l'exploitation⁵¹⁸, reflète la liaison existante entre la durée et le risque de l'exploitation et entre la durée et la rémunération du délégataire. Par ailleurs, ces facteurs sont, non seulement variables d'un contrat à autre, mais aussi variables au sein du même contrat.

425. On relève, de ce qui précède, en premier lieu, un étroit rapport entre la durée contractuelle et le tarif de service rendu(A), et en second lieu un rapport plus ou moins direct avec d'autres enjeux de la DSP, dont il importe d'étudier le barème d'influence (B).

A- L'étroit rapport entre la durée et le tarif du service

426. Le tarif du service rendu constitue un élément fondamental de fonctionnement du service public dont la collectivité publique garde la responsabilité. C'est pourquoi le délégataire ne bénéficie pas de l'autonomie de la détermination de cette clause. La loi impose que le contrat indique les paramètres et les indices dont l'évolution détermine celle des tarifs. Les contractants ne sont aussi pas libres dans le choix des indices et doivent respecter les termes de l'article L 112-2 du code monétaire et financier qui interdit toute indexation susceptible d'avoir des conséquences inflationnistes, mais ils gardent leur droit d'introduire la référence à des indices, en rapport avec l'objet de la délégation, pour refléter l'évolution des charges de l'entreprise délégataire⁵¹⁹.

⁵¹⁸ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVE Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 297

⁵¹⁹ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 157

La détermination de la clause financière (1) ainsi que sa variabilité (2) influencent la détermination de la durée contractuelle à un haut niveau.

1- La durée et la détermination de la clause tarifaire

427. Le tarif perçu par l'usager est le mode normal de rémunération du délégataire, qu'il s'agisse d'une taxe ou d'une simple redevance. Pour les uns, cette clause est considérée une clause règlementaire⁵²⁰, pour les autres, elle fait partie des clauses contractuelles et sa fixation découle d'un accord entre les deux parties⁵²¹. Pour ces derniers, elle échappera à la négociation contractuelle en cas de précision dans la convention du tarif maximal, ou bien en cas de liberté du concessionnaire de fixer la tarification sous réserve de l'approbation du concédant et aussi en cas où la liberté est gardée à la personne publique de déterminer dans le cadre de ses attributions de police économique, cette tarification⁵²². Ainsi, suivant ces auteurs, seul le législateur peut modifier unilatéralement cette clause, toute autre voie de modification nécessite un avenant après accord des deux parties. Le consensus sera aussi atténué dans différents domaines telle la distribution d'électricité et de gaz, les transports publics urbains de voyageurs, etc., où la fixation est encadrée, conformément à l'article L 410-2 du code de commerce, par l'Etat⁵²³.

428. La fixation des tarifs, est aussi soumise au respect des règles prévues par le code de la consommation. « *Il est ainsi impossible que ces tarifs servent à réaliser une vente liée, à savoir subordonner la prestation de service à celle d'un autre service* »⁵²⁴. Ils doivent être de nature à permettre au délégataire de dégager les ressources suffisantes pour assurer la gestion du service à ses risques et périls et de réaliser.

429. Dans ce sens, les tarifs sont calculés de manière à couvrir d'une part, les

⁵²⁰ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVE Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 379

⁵²¹ LINOTTE Didier, ROMI Raphael, *Services publics et droit public économique*, éditions du Juris-Classeur, Litec, 5^{ème} édition, 2003, p. 332

⁵²² Idem

⁵²³ SOKOLOFF Pascal, *Marchés publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, Editions TEC, 2^{ème} édition, Lavoisier, Paris, 2004, p. 417.

⁵²⁴ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Montreuil, Editions du PAPHYRUS, janvier 2006, p. 109

charges⁵²⁵ tels l'amortissement et la rémunération des capitaux empruntés et les dépenses d'exploitation, et à assurer, d'autre part, une marge de gain au délégataire. Le tarif proposé doit aussi prendre en compte l'estimation des charges d'entretien et de renouvellement des ouvrages installés. Ainsi, « *l'équation financière de la concession est acceptée par le concessionnaire comme lui assurant la couverture de ses dépenses, une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal* »⁵²⁶.

Ainsi, pour déterminer ces tarifs, le délégant doit prendre en compte : «

- *des effets fiscaux (comme avec l'amortissement de caducité à savoir l'amortissement comptable du capital investi qui donne un avantage en termes d'impôt sur les sociétés);*
- *de la situation de l'entreprise au regard de l'exigibilité de l'impôt sur les sociétés (...), d'où une nécessaire analyse des résultats avant impôt*
- *des flux de trésorerie (calcul des avantages financiers retards de l'encaissement de la garde provisoire de sommes revenant à la collectivité);*
- *de la rétrocession gratuite des biens dits de retour* »⁵²⁷.

430. Dès lors, la fixation des tarifs dépend de toutes les charges affectées à la délégation par le délégataire. C'est pourquoi le prix ne peut pas être qualifié de « *prix prédateur* », *c'est-à-dire un prix inférieur soit aux coûts moyens variables, soit aux coûts moyens totaux* »⁵²⁸. Dans ce sens, le juge administratif a évoqué, à plusieurs reprises, que le cocontractant de l'Administration a droit à une juste rémunération, sans pourtant définir cette notion de juste rémunération. En revanche, le Conseil d'Etat n'a pas manqué l'occasion de préciser qu'au moment où le service délégué a la nature d'un service public industriel et commercial, les redevances doivent trouver leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service public, et ne peuvent en aucun cas servir, même en

⁵²⁵ COUDEVYLLE Andrée, *Les Concessions de service public des collectivités locales*, Sirey, 2^{ème} édition, 1983, p. 74.

⁵²⁶ JEZE, Gaston, *RDP*, 1935, p.735, in BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, Paris, Imprimerie Nationale, Coll. Action locale, 2^{ème} édition, 2007, p. 160

⁵²⁷ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, op. cit., p. 110

⁵²⁸ Ibid, p. 109

partie, le budget général de la collectivité concédante pour couvrir des charges étrangères à la mission dévolue à ce service⁵²⁹. C'est le principe de la proportionnalité que le tarif est censé respecter. Ainsi, le prix payé par les usagers doit trouver sa contrepartie directe dans le service qui leur est rendu⁵³⁰.

431. En effet, la clause tarifaire est formée de 3 composants⁵³¹ : les charges financières liées aux investissements, les charges d'exploitations et d'entretien et finalement la rémunération du délégataire. À ces composants on ajoute la durée choisie pour le contrat sur laquelle le délégataire cherche à tirer le plus grand profit possible, et durant laquelle la collectivité se force de protéger les intérêts des usagers et du service. En effet, la durée contractuelle « *doit être appréhendée comme un droit à rémunération du cocontractant, puisque la durée correspond à une période d'exploitation durant laquelle le cocontractant est autorisé à percevoir des recettes en contrepartie des missions assumées* »⁵³². Ainsi le choix de la durée contractuelle dépend largement du tarif décidé pour le service rendu. Et pourtant cette liaison n'est pas momentanée mais continue à exister pendant l'exécution du contrat. De ce fait, la prolongation de la durée ne serait admise que si les coûts actualisés sur la durée restante du contrat avèrent excessifs. Ainsi la prolongation de la durée est conditionnée par l'évolution des tarifs.

Normalement ces deux clauses sont déterminées simultanément et l'une en fonction de l'autre, sauf dans certain cas où la collectivité se trouve dans l'obligation ou la volonté de déléguer pour une durée déterminée, dans ce cas les autres clauses contractuelles, entre autres le tarif, doivent être déterminées en fonction de cette précise durée, ou contrairement lorsque la délégation agit sous un prix non négociable et fixé avant même la phase de la négociation, dans ce cas c'est la durée qui dépend du tarif sans que ce dernier lui fait le retour.

432. D'une façon générale, les tarifs dépendent principalement du coût des

⁵²⁹ SOKOLOFF Pascal, *Marchés publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, op. cit., p. 417

⁵³⁰ CE du 30 septembre 1996, *Société Stéphanoise des eaux*, n° 156176, *Lebon*, p. 355

⁵³¹ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 161

⁵³² VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba, JCP A*, n° 46, 9 novembre 2009, 2261, p. 13, spec. p. 18

investissements et donc de leur amortissement, mais dépendent également des choix politiques et sociaux⁵³³, du régime fiscal et de son éventuel changement, de la productivité du service, et de la marge de gain prévue au délégataire. Ce qui justifie qu'une même délégation, dans deux régions différentes, pourra avoir des durées distinctes même si tous les facteurs de la délégation sont semblables, et ceci dans le cas de variation du prix surtout quand le délégataire décide d'adopter une politique de discrimination tarifaire et d'accorder de ce fait des réductions commerciales à certaines catégories d'usagers.

433. En réalité, et à vrai dire, la durée ne dépend pas directement de l'amortissement mais dépend plutôt du montant du tarif décidé pour le service rendu à l'utilisateur et le temps nécessaire pour que le délégataire rembourse ses investissements. Autrement, la durée dépend du tarif donné au service et c'est le tarif qui doit assurer le remboursement des investissements. Ce qui fait que le vrai rapport est entre durée et tarifs d'une part et amortissement d'autre part. C'est la proportionnalité entre ces constituants qui assure l'équilibre économique du contrat. Ainsi la durée peut varier, augmenter ou diminuer d'une façon contraire au tarif. Ce temps mis pour le remboursement des investissements varie en fonction des tarifs et des prix du service. D'où la durée ne peut être fixée strictement en fonction de l'amortissement. La durée sera donc fixée en faveur du prix choisi. Elle permettra au délégataire « *de percevoir des recettes au moyen des tarifs déterminés dans le contrat et qui lui permettent non seulement de rembourser ses investissements initiaux mais aussi de retirer une marge bénéficiaire* »⁵³⁴.

434. Pourtant les tarifs, eux-mêmes, dépendent de l'existence des biens de reprise ou des biens de retour. Étant donné que les biens de retour sont considérés comme appartenant *ab initio* à la collectivité et doivent être remis en fin de la délégation, gratuitement, à la collectivité, leur amortissement, lorsqu'ils sont installés par le délégataire, entre dans le compte du tarif du service et par conséquent dans le calcul de la durée du contrat.

⁵³³ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit., p. 73

⁵³⁴ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Société Véolia eau*, « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », *JCP A*, n° 50, 17 décembre 2012, 2388, p. 14, spec. p. 17

435. Les tarifs du service rendu et par suite la durée du contrat dépendent également de la présence d'un domaine public occupé par le délégataire, puisque la présence d'une telle occupation dans le contrat de délégation est souvent suivie d'une redevance payée par le délégataire au délégant, augmentant ainsi les charges financières incombant sur lui, et qui sera évidemment remboursée par l'augmentation des tarifs et par la suite de la durée.

436. En réalité, c'est l'adoption du principe de la mise en concurrence des candidats dans la DSP qui a amené nécessairement « à comparer, non seulement la qualité des prestations offertes, mais aussi leur coût global pour l'usager, c'est-à-dire d'une part le niveau des tarifs et d'autre part la durée d'exploitation envisagée par les délégataires potentiels. Or chacun de ces deux paramètres est lui-même déterminé par l'importance des investissements à amortir. Il est en effet possible de poser l'équation suivante :

Montant des investissements à amortir + Bénéfice d'exploitation = Recettes tarifaires x Durée d'exploitation »⁵³⁵. Les collectivités profiteront donc d'une certaine souplesse dans la détermination de la durée. Elles fixeront au préalable les redevances qui devront être acquittées par les usagers et en fonction de celles-ci elles fixeront la durée⁵³⁶.

Pourtant, les auteurs qui continuent à voir que la détermination de l'ensemble des clauses contractuelles pivote autour de l'amortissement, considèrent que, après avoir rationalisé et déterminé la durée, l'amortissement sera dans la possibilité de « normaliser le temps accordé au contractant pour retirer une rémunération équilibrée, c.à.d. une rémunération permettant d'obtenir un retour sur investissements assorti éventuellement d'un bénéfice complémentaire »⁵³⁷.

2- La durée et la variabilité de la clause tarifaire

437. L'établissement d'un rapport de subordination entre la durée et les tarifs

⁵³⁵ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », art. prec., spec. p. 103

⁵³⁶ MAHOUACHI Mohamed, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2001, PUAM 2002, p. 415

⁵³⁷ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 21

du service mènera à une conclusion d'impossibilité de voir figer la durée dans le contrat en raison de l'évolution continue de la notion des tarifs.

438. Cette évolution puise ses origines dans la jurisprudence administrative à travers les théories du « *fait du prince* » et de « *l'imprévision* ». Avec le temps, l'effectivité de ces théories s'est affaiblie. Elles ont perdu aujourd'hui une grande partie de leur importance, dans la mesure où des clauses financières sont désormais intégrées dans chaque contrat de DSP prévoyant toutes les circonstances exceptionnelles qui peuvent surgir au cours de l'exécution de la convention.

439. Concernant la détermination des tarifs, ces théories ont conduit les collectivités à prévoir dans leurs conventions de DSP une formule d'adaptation des tarifs. Désormais, La clause tarifaire est fermement attachée au principe de mutabilité. En effet, elle représente la principale manifestation de ce principe tout le long de l'exécution des contrats publics. Et elle est de ce fait, fortement liée au principe de l'équilibre financier qui suppose que la rémunération du délégataire puisse évoluer en cours de contrat, parallèlement aux circonstances surgissant.

440. Cependant, la modification des tarifs au cours de l'exécution n'est point aléatoire. En effet, la référence choisie doit être précise. Dans ce sens, la cour de cassation a condamné les clauses qui referaient aux prix habituels pratiqués par la concurrence sans donner des précisions sur la manière dont ils se formeraient⁵³⁸. Quant au domaine des DSP, l'article 4 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, a modifié l'article 40 de la loi Sapin en y ajoutant au septième alinéa que « *la convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution* »⁵³⁹. Ce qui fait que l'absence de telles références entraîne l'illégalité de la convention. « *Il est donc nécessaire d'établir des simulations* »⁵⁴⁰.

⁵³⁸ TALLON Denis (dir.), HARRIS Donald (dir.), *Le contrat aujourd'hui : Comparaisons Franco-anglaises*, LGDJ, Paris, 1987, p. 220

⁵³⁹ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2186

⁵⁴⁰ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, op. cit., p. 112

441. Dès lors, eu égard à l'évolution de certains index nationaux liés aux domaines des contrats, les conventions de DSP prévoient normalement une révision des tarifs à intervalles pluriannuels, qui doivent être l'occasion d'une véritable remise à plat du système de tarification⁵⁴¹. Il s'agit des « *clauses de réexamen* » qui précisent les conditions dans lesquelles elles peuvent être actionnées (périodicité, procédures de négociation, de conciliation, circonstances économiques, législatives,...)⁵⁴². Toutefois, en cas d'absence des clauses responsables de la révision des tarifs, il revient au juge administratif, sur saisine, et après vérification que l'équilibre financier du contrat n'est plus assuré dans les conditions initialement prévues, d'ordonner une révision exceptionnelle des tarifs.

442. Cependant, en retournant au rapport existant entre la durée et les tarifs du service, celle-ci sera absolument affectée par les changements qui affectent le régime fiscal, l'évolution des taxes imposées au délégataire, et l'évolution de la clause tarifaire.

443. Par conséquent, comment pourrions-nous prévoir la détermination préalable et stricte de la durée contractuelle en liant sa détermination à des facteurs variables par leur nature, tels l'amortissement et le prix ? Sauf si l'on veut croire que ces deux facteurs varient toujours dans un sens opposé ce qui garantit le maintien de la stabilité de la durée. Quoique logique, cette idée n'est pas toujours applicable parce que son application peut avoir des effets néfastes sur le service et faire supporter les usagers des hauts tarifs sans pour autant avoir la possibilité de prolonger le contrat étant donné qu'aucune des conditions prévues à l'article 40 ne peuvent jouer en l'espèce. Il s'agit surtout des cas d'imprévisions suivies d'une volonté de continuation de l'exécution mais d'une impossibilité de l'Etat d'octroyer des subventions d'équilibre et où il serait question d'adapter ou bien la durée ou bien les tarifs. Il serait évidemment beaucoup plus aisé de jouer sur la variation de la durée et non des tarifs pour garantir les usagers qui sont évidemment moins affectés en cas d'augmentation de la durée qu'en cas d'augmentation des tarifs. Mais pour pouvoir le faire, il faut tout d'abord admettre que la

⁵⁴¹ SOKOLOFF Pascal, *Marchés publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, op. cit., p. 417

⁵⁴² BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 162

durée est une clause de nature variable notamment comme la clause tarifaire et la notion d'amortissement, mais on reviendra sur ce point un peu plus loin.

B- Le barème d'influence d'autres facteurs

444. À part l'amortissement et la rémunération, différents éléments participent à des degrés variables à la détermination de la durée contractuelle, tels les droits d'entrée, les biens de retour, le risque de l'exploitation, et les subventions d'équilibre.

1- L'influence des redevances et des droits d'entrée sur le choix de la durée

445. On a vu que la loi du 29 janvier 1993 avait limité le recours aux pratiques des redevances et des droits d'entrée et de toute somme payée à la collectivité sans une justification garantissant son réel rapport avec la gestion. Ainsi l'alinéa 5 de l'article 40 impose que *« les montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire doivent être justifiées dans ces conventions »*.

446. C'est vrai que la raison principale derrière cette restriction est de garantir que les usagers ne supporteront aucune charge supplémentaire pour compenser un paiement qui ne trouve pas sa contrepartie directe dans les prestations rendues, mais en fin de compte, une fois cette justification présentée et les redevances ou les droits d'entrée admis, il va y avoir une partie qui prend à sa charge son remboursement, et cette partie est évidemment les usagers. Et puisque toute somme payée par le délégataire a été faite dans un but clair de percevoir son double voire son triple, la charge serait, sauf contrôle adéquat, lourde. On serait normalement devant deux choix, ou bien augmenter les tarifs du service rendu, ou bien prévoir une durée plus longue que la durée normale d'amortissement des installations réalisées par le délégataire. Ainsi la collectivité doit décider de prévaloir l'une des clauses sur l'autre : les tarifs ou la durée. L'Administration doit garder ce choix tout le long de l'exécution de la délégation en fonction des situations sociales, politiques, économiques et financières révélées dans la société. Par conséquent, on optant pour un jeu sur la durée, une durée supplémentaire convenable serait retenue pour que le délégataire rembourse la somme qu'il a dû payer au début de la délégation (pour les droits d'entrée) ou bien au cours de son exécution (pour les redevances). Ainsi

la durée contractuelle dans ce cas là serait supérieure à la durée normale d'amortissement des installations et par suite l'amortissement ne constituera pas le seul facteur jouant dans la détermination.

447. Ainsi pour réduire au maximum l'influence des droits d'entrée et les redevances sur la détermination de la durée il serait nécessaire de restreindre au maximum leur présence et contrôlant strictement les dispositions justifiant leur intervention. Dans ce même sens, L'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 présente une progression intéressante dans ce domaine en considérant que les frais d'une résiliation ne pourraient faire partie des droits d'entrée si la résiliation est « *la conséquence d'une faute de la collectivité délégante, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation* »⁵⁴³.

2- Le sort des biens et la durée de la délégation

448. En partant de la même ligne droite de pensée, la durée dépend des biens employés dans la délégation et leur classification soit en biens de retour, en biens de reprise ou en biens propres du concessionnaire. Les biens de retour sont « *l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service public créés ou acquis par le délégataire ou concessionnaire de travaux et financés par lui au moyen des investissements que le contrat met à sa charge, que ces biens soient meubles ou immeubles ; qu'ils aient été établis – s'agissant des ouvrages – sur la propriété d'une personne publique ou celle d'une personne privée et, (...) qu'ils résultent d'un premier établissement ou d'un renouvellement d'installations existantes* »⁵⁴⁴. Le caractère indispensable au service public fait que ces biens soient considérés comme appartenant à la collectivité publique délégante dès leur origine, c'est-à-dire dès leur acquisition ou l'achèvement de leur construction par le délégataire et cela sans attendre la fin du contrat de délégation⁵⁴⁵. Les biens de reprise sont les biens utiles au service public mais qui ne sont pas indispensables pour en assurer la continuité. Ils appartiennent au délégataire pendant toute la durée de la délégation et ne se transmettent pas automatiquement à la personne publique en fin de du contrat. En effet, si le délégant souhaite les acquérir il doit exercer son droit de reprise

⁵⁴³ Avis du CE, section des travaux publics, n° 371234 du 19 avril 2005, EDCE, p. 197

⁵⁴⁴ LLORENS François, « La théorie des biens de retour après l'arrêt « Commune de Douai » », *RJEP*, n° 709, Juin 2013, étude 9, (§9)

⁵⁴⁵ CE, 9 décembre 1898, *Compagnie Gaz Castelsarrazin*, S. 1901, III, p. 40.

selon les modalités fixées par la concession. Enfin, les biens propres sont les biens appartenant durant la durée de la convention et demeurent après la fin de la délégation la propriété du délégataire. En raison de leur inutilité dans la continuité du service public, ils ne feront l'objet ni d'un retour, ni d'une éventuelle reprise.

449. Dans le cadre de cette distinction, la cour de Douai a présenté une clarification importante à l'occasion d'un arrêt dans lequel elle devait préciser la portée de l'article 22 du cahier des charges d'une concession de distribution d'électricité, lequel posait les règles suivantes : « *À l'époque fixée pour l'expiration de la concession, la commune sera moyennant un préavis de deux ans, subrogée aux droits du concessionnaire et prendra possession de tous les immeubles et ouvrages de la distribution et de ses dépendances. Les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements faisant partie de la concession, lui seront remis gratuitement (...)* ». Elle en a donné une interprétation stricte en considérant, qu'en dehors des « *immeubles et ouvrages de la distribution* » qui sont expressément qualifiés de biens de retour par l'article précité, les autres immeubles « *constituent des biens de retour sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation* »⁵⁴⁶. Il en résulte que les immeubles de bureaux du délégataire et les logements de fonction de ses salariés ne constituent des biens de retour que s'il est établi qu'ils présentent un caractère indispensable à l'exploitation du service. À défaut, ils doivent être qualifiés de biens propres du délégataire.

Dans un arrêt plus récent, *Commune de Douai*⁵⁴⁷, le Conseil d'Etat estime que le bien de retour est tout bien qui a été « *nécessaire au fonctionnement du service concédé à un moment quelconque de l'exécution de la convention* » (point 9 de l'arrêt). Ainsi, le Conseil d'Etat, tout en gardant le lien privilégié entre la qualification de bien de retour et la nécessité du bien pour le fonctionnement du service public, il l'a relativisé en se donnant le pouvoir de contrôler si un bien revêt ou non un caractère de nécessité et juger ainsi s'il doit être vu comme un bien de retour ou non. De même, Le Conseil d'Etat considère que peuvent également constituer des biens de retour, les biens du délégataire à

⁵⁴⁶ ECKERT Gabriel, Note sous CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, *Société Electricité Réseau Distribution France (ERDF), Contrats-Marchés publics*, 2010, comm. 390, p. 39

⁵⁴⁷ CE, du 21 décembre 2012, n° 342788, *Commune de Douai*, *AJDA* 2013, p. 7

propos desquels le contrat en aura décidé ainsi, que ces biens soient indispensables au fonctionnement du service public ou non.

450. Ainsi, revenant à la durée de la délégation, celle-ci ne dépend pas, en réalité, de l'amortissement de la totalité des biens installés par le délégataire mais précisément des biens de retour, étant donné que l'acquisition du délégant des biens de reprises exige de sa part l'exercice de son droit de reprise qui se manifeste par l'exécution d'un paiement qui représente, pour le délégataire, un remboursement équivalent à la valeur de ce bien au moment de la reprise. Donc que ce bien soit amorti en totalité ou non, le délégant remboursera au délégataire la partie non amortie. De ce fait, la durée peut ne pas prendre en considération l'amortissement de ce type de biens. Pourtant pour bien déterminer la durée il faut être conscient des biens de retour. Déjà on peut penser que l'indemnisation au titre de cession des biens de retour nécessaires au service et même des biens de reprise utiles à la délégation, fait partie des droits d'entrée, ainsi, la considération de certains biens comme bien de retour exige en principe leur amortissement total, ainsi que la durée s'étale jusqu'à la totalité du remboursement, or s'il a déjà été consenti que ces biens constituent des biens de reprises, les contractants peuvent très bien procéder à une durée qui ne correspond pas exactement à la durée de l'amortissement. Cependant avec la venue de la décision *Commune de Douai* il serait de plus en plus difficile de distinguer, dès la conclusion du contrat, les biens de retour des autres biens. Ainsi si l'on part sur une durée contractuelle ne prenant pas en considération l'amortissement d'un des biens qui finit par être un bien de retour, la durée contractuelle sera inférieure à la durée normale d'amortissement. Ainsi, à moins que cette décision ouvre la voie vers un large pouvoir de contrôle du juge administratif sur la nature des biens et leur classification (bien de retour ou bien de reprise), elle risque d'être critiquée pour la marge de corruption qu'elle peut engendrer. Car, introduire parmi les biens de retour ceux qui le sont facultativement par convention entre les parties, qu'ils soient nécessaires ou non au fonctionnement du service public, peut aboutir à l'insertion des biens, inutiles à la délégation, dans le seul but d'avoir une durée plus longue dans laquelle le délégataire peut estimer plus de profit.

3- La durée et le risque d'exploitation

451. « *Tout risque est constitué lorsqu'il a un impact financier sur l'exploitation d'une activité, cet impact peut être indirect* »⁵⁴⁸. Il recouvre dans la pratique les incertitudes concernant un résultat attendu, que ce résultat soit de nature technique, commerciale ou financière.

452. Le Conseil d'État a complété la définition de la délégation de service public en imposant l'exigence selon laquelle « *une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge de ce cocontractant* »⁵⁴⁹. Le critère de risque est, en effet, un critère déterminant de la délégation de service public, la distinguant des contrats de marchés publics. Ainsi il a été jugé que « *si le coût est intégralement supporté par l'Administration contractante et s'il n'y a aucun risque pour le contractant lié à l'exploitation du service, il s'agit d'un marché* »⁵⁵⁰. Cette décision, s'inscrit dans la même ligne de la décision de la cour de justice de la communauté européenne *BFI Holding*⁵⁵¹. Dans les conclusions sur cette affaire, l'avocat général considérait, que l'un des critères déterminants de la concession « *réside dans le fait que le concessionnaire assume le risque économique découlant de la gestion des services, objet de la concession* ». Pourtant la cour a nuancé sa décision dans certains cas surtout lorsque le risque d'exploitation est limité en raison de l'obligation de pratiquer des tarifs règlementés ou de l'existence d'une clientèle captive⁵⁵² ou lorsque la rémunération du cocontractant est fixée au terme de négociations annuelles entre le prestataire et les organismes de sécurité sociale⁵⁵³.

453. Le risque est tout d'abord financier. « *Il tient à la possibilité d'équilibrer ou non le service par des recettes d'exploitation. Même lorsque le service public dispose d'un marché captif il y a un risque (exemple de l'évolution de la consommation d'eau potable qui, après avoir régulièrement augmenté, tend aujourd'hui à diminuer). Lorsque*

⁵⁴⁸ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Thèse, Paris II, 2005, LGDJ, Paris, 2007, p. 295

⁵⁴⁹ CE, 7 novembre 2008, n° 291794, *Département Vendée*, Rec. CE 2008, tables p. 805

⁵⁵⁰ BERGEAL Catherine, Conclusions sur CE 7 avril 1999, *Commune Guilherand-Granges*, n° 156008, *AJDA*, p. 517

⁵⁵¹ CJCE du 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff C-360/96

⁵⁵² CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c/ Eurowasser*, Rec. CJCE 2009, I, p. 8377

⁵⁵³ ZIMMER Willy, Notes sous CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, *Contrats-Marchés publics*, 2011, comm. 147, p. 33

*le marché n'est pas captif et que le consommateur a des produits de substitution (transports en commun, halles, foires et marchés...), le risque financier est encore plus réel »*⁵⁵⁴.

454. Dans sa thèse sur *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, M. COSSALTER classe la notion de risque en différentes catégories⁵⁵⁵ : Une première division est une bilatérale entre risque technique et risque financier, la seconde division concerne une distinction entre risque endogène et risque exogène. Alors que le risque endogène est directement maîtrisable par les parties, le risque exogène ne dépend d'aucune des parties du contrat. Finalement une classification catégorique du risque permet de diviser cette notion en quatre catégories : le risque de conception, le risque de construction, le risque d'exploitation et les risques généraux.

455. D'ailleurs, une autre liste des risques, assez étendue, est susceptible d'affecter les contrats de DSP. Il s'agit tout d'abord, des risques liés à l'évolution législative et réglementaire⁵⁵⁶ et l'intervention des nouvelles règles applicables aux délégations en cours. Il s'agit ensuite des risques liés aux évolutions techniques. Il s'agit de même d'un risque tant vis à vis des circonstances occasionnelles (qui peuvent tenir aux accidents, à des évolutions économiques, à des variations des prix, à des situations sociales imprévues telles les grèves), que vis-à-vis des usagers et des tiers telle l'apparition des produits concurrents susceptibles de déstabiliser l'exploitation ou la réduction du taux de la consommation.

456. Il est aujourd'hui conçu que la notion de risque la plus admise est celle des risques anormaux de la gestion. C'est la traduction littérale de la notion d'imprévision. Cette théorie qui veut que le délégataire soit indemnisé ou que l'équilibre du contrat soit rétabli lorsque, lors de l'exécution du contrat, surgit une modification des circonstances économiques, anormales et imprévisibles qui rend l'exécution quasi-impossible. Vu qu'on ne peut garantir la stabilité des circonstances entourant l'exécution du contrat on ne pourra jamais avoir une durée fixe, stable sans admettre son rapport avec les risques qui

⁵⁵⁴ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit., p. 70

⁵⁵⁵ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, op. cit., pp. 297-298

⁵⁵⁶ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit., p. 116

entourent l'exécution de celui-ci. Comme les activités du service public sont contraintes par le principe de la continuité, le délégataire sera exigé par la poursuite de l'exécution à condition que la collectivité publique lui apporte une aide soit en supportant les charges supplémentaires engendrées par l'état d'imprévision soit en prolongeant la durée du contrat.

457. Pourtant, si l'exploitation aux frais et risques signifie originellement qu'il n'existe aucune solidarité financière entre le concédant et le concessionnaire⁵⁵⁷, il est moins fréquent de trouver aujourd'hui un contrat de DSP qui fait supporter au délégataire tous les risques de l'exploitation. Même si, la convention ne le mentionne pas, le partage des risques est souvent garanti par la jurisprudence. En effet le besoin de l'Administration de son partenaire privé dans la gestion des services publics l'a obligée à supporter avec son délégataire une partie du risque. Pour cette raison, les subventions de l'Administration peuvent, dans certains cas, être acceptées à conditions qu'elles ne suppriment pas le risque de l'exploitation qui doit rester, en grande partie, à la charge du délégataire⁵⁵⁸, autrement, une requalification du contrat en marché public serait imposée. Ce sont les exigences de l'intérêt général qui garantissent la continuité du service public délégué quoi qu'il arrive. La personne publique ne peut en aucun cas se décharger de sa responsabilité envers le service public au motif que les événements imprévisibles remettent en cause la viabilité de son choix de gestion⁵⁵⁹.

458. Pourtant ce critère n'est pas seulement déterminant pour la détermination de la délégation mais aussi, à des degrés variables, pour la détermination de la durée de la délégation. Même si le principe part de l'idée que le délégataire doit assumer seul le risque de l'exploitation, la pratique a montré que le contrat est considéré contrat de DSP même si le délégataire assume partiellement le risque financier. Juger autrement risque de décourager les délégataires à participer à la délégation. Et ce partage du risque influence indirectement la durée du contrat. Aucune règle générale n'existe sur ce point, mais il est

⁵⁵⁷ CHENUAUD-FRAZIER Carole, « La notion de délégation de service public », *RDV*, 1995, p. 175, spec. p. 183

⁵⁵⁸ BERGEAL Catherine, Conclusions sur CE 7 avril 1999, *Commune Guilhaud-Granges*, n° 156008, *AJDA*, p. 517

⁵⁵⁹ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011. P 431

constaté que la durée de la DSP est normalement plus longue si le délégataire prend à sa charge la totalité ou la majorité des risques et périls, et sera relativement courte si le délégant partage avec son contractant cette charge. En effet, lorsque le risque est partagé, le délégataire n'aurait plus le souci de prévoir une durée supérieure à celle de l'amortissement pour compenser un risque éventuel qui peut lui incomber.

459. Récemment le Conseil d'Etat a considéré que le risque d'exploitation constitue un élément déterminant le caractère « *substantiellement lié aux résultats* » de la rémunération, incluant ainsi la notion de risque dans l'examen du critère de la rémunération⁵⁶⁰. Dès lors, un contrat ne peut plus être qualifié de délégation de service public lorsque « *la rémunération du cocontractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* »⁵⁶¹. Ainsi, le risque influence indirectement la durée en participant à la détermination du prix duquel dépend directement la durée.

460. De la même sorte que le risque, la durée dépend aussi de la marge de la responsabilité qui incombe au délégataire. En effet risque et responsabilité vont de soi. Le contrat doit identifier le champ des responsabilités respectives du délégant et du délégataire. Dans un contrat de délégation de service public, le délégataire est normalement responsable de l'exécution du service. Il assume de ce fait les responsabilités liées à son fonctionnement, ce qui signifie qu'il doit gérer les éventuels contentieux correspondants⁵⁶². Le contrat est dans l'obligation de fixer l'articulation de la responsabilité qui doit être en cohérence avec la répartition de la maîtrise d'ouvrage résultant du contrat.

4- La durée contractuelle et les subventions d'équilibre

461. Certaines clauses conventionnelles réduisent la part de risque du délégataire et par la suite la durée de la délégation et suscitent des critiques plus ou moins sévères. Il s'agit des clauses autorisant les subventions. Il en est ainsi, par exemple, des

⁵⁶⁰ RICHER Laurent, Note sous CE du 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée*, « Délégation de service public : le critère du risque financier », *AJDA*, 29 décembre 2008, p. 2454

⁵⁶¹ CE, 5 juin 2009, n° 298641, *Société Avenance Enseignement et Santé*, *AJDA* 2009, p. 1129

⁵⁶² LONG Marceau (dir.), *Négociation, gérer et contrôler une délégation de service public*, op. cit., p. 133

garanties de ressources accordées au délégataire d'un service public de restauration collective, en l'espèce, une compensation de la sous-fréquentation et une prise en charge des impayés par la collectivité délégante⁵⁶³. D'autres clauses seront plus discrètes mais n'en constituent pas moins une atténuation du risque financier : l'absence d'intéressement de la collectivité aux bénéfices du délégataire, la mise à disposition d'un agent et la prise en charge de l'entretien d'équipements au lieu et place du délégataire ou enfin un bonus annuel très favorable au délégataire du fait du délégant⁵⁶⁴. La présence de telles clauses ne conduit pas nécessairement à une requalification du contrat. Elle participe toutefois à une appréciation d'ensemble de l'économie contractuelle.

L'article L. 2224-1 du Code général des collectivités impose que le budget des services publics industriels et commerciaux, quel que soit leur mode de gestion, soit « *équilibré en recettes et en dépenses* ». Il en résulte que le budget général de la commune ne peut prendre en charge une dépense relevant d'un tel service public ni prévoir le versement de subventions d'équilibre⁵⁶⁵. Pour autant, le juge adopte parfois une interprétation souple de ces dispositions. Il a ainsi jugé que la réduction du montant d'une redevance versée par le délégataire à la commune délégante, afin de permettre une réduction des tarifs du service ne porte pas atteinte au principe d'équilibre du budget des services publics industriels et commerciaux et ne constitue pas la prise en charge, par le budget général, d'une dépense relevant de ce service public⁵⁶⁶.

462. Dans ce sens, le montant des tarifs et par la suite la durée de la convention dépendent de l'octroi de l'Administration d'une subvention d'équilibre à son délégataire. Ainsi, même si le principe exige l'interdiction de telle subvention, surtout en domaine des services publics industriels et commerciaux, les subventions demeurent possibles dans certains cas conformément à l'article L. 2224-31 du même code qui évoque quatre exceptions à cette règle. Il s'agit des cas où la personne publique impose à son cocontractant, dans l'intérêt du service public, des contraintes particulières de fonctionnement du service. Il s'agit également des cas où le fonctionnement du service

⁵⁶³ CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, *Commune d'Arles*, ROD, octobre 2012, p. 16-17

⁵⁶⁴ CRC Rhône-Alpes, *Syndicat des transports de l'agglomération lyonnaise*, ROD, mai 2011, p. 44

⁵⁶⁵ CE, 9 novembre 1988, n° 79694, *Commune Pisioux*, Rec. CE 1988, p. 397

⁵⁶⁶ ECKERT Gabriel, Note sous CAA Lyon, 12 octobre 2010, n° 08LY00118, *Commune Firminy*, *Contrats-Marchés public* 2010, comm. 423.

exige la réalisation des investissements qui, en raison de leur importance et du nombre des usagers concernés, ne peuvent être financés sans une augmentation excessive des tarifs, et des cas où la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

463. Concernant les aides publiques, non seulement les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne les interdisent mais aussi le droit interne qui limite cette pratique et l'encadre. Ainsi les subventions ne font pas partie des aides prévues par la réglementation applicable aux interventions des collectivités locales dans l'économie. En conséquence les subventions octroyées par la collectivité publique doivent rester exceptionnelles et strictement liées aux conditions évoquées par l'article L 2224-2 du CGCT.

Il est évident, que le soutien financier de la collectivité ne peut jamais être réduit à zéro. En effet, plusieurs décisions du Conseil d'Etat ont reconnu aux délégataires le droit à l'équilibre financier de leurs contrats depuis la décision *Compagnie générale française des tramways*⁵⁶⁷ qui a instauré une fois pour toute le principe que la collectivité doit garantir un minimum de risques liés à la délégation. Ainsi, il existe divers modalités de soutien de la personne publique auprès de leurs cocontractants. Ces subventions, à un certain niveau, n'affectent pas la délégation, mais influencent le choix de la durée contractuelle surtout lorsqu'elles sont octroyées en début de la délégation (cas de certaines délégations relatives au service public de spectacle où l'équilibre financier ne peut en principe être atteint qu'après quelques années⁵⁶⁸) et de sa modification lorsqu'elles sont octroyées durant l'exécution du contrat pour aider le délégataire à surpasser certaines difficultés financières passagères.

464. Certes le rapport entre durée et amortissement est fondamental et emporte tout autre lien. Mais il serait, tout de même, exagéré et injuste de limiter la détermination de la durée contractuelle à la seule notion d'amortissement. Un rapport réciproque existe entre la durée contractuelle et différents enjeux financiers. Ainsi la détermination de la

⁵⁶⁷ CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216

⁵⁶⁸ BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public: notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, op. cit., p. 66

durée dépend de ces facteurs autant que la détermination de ces facteurs dépendent de la durée choisie. C'est un tout qui interagit. L'on ne peut surement pas voir la nature, le montant et la durée d'amortissement des installations comme des éléments d'appréciation supplémentaire dans le processus de la fixation de la durée contractuelle, puisque l'amortissement constitue, non seulement l'élément fondamental de cette détermination, mais aussi l'enjeu essentiel duquel dépendent toutes les clauses financières du contrat. Néanmoins, l'on ne peut emprisonner la durée dans le cocon de l'amortissement en omettant de montrer l'étroit rapport qui la lie aux autres facteurs qui déterminent son choix.

Paragraphe 2 : Un anéantissement jurisprudentiel du rapport durée/amortissement

465. Si le cadre juridique que pose le législateur ne paraît pas satisfaisant, il serait normal qu'il appartienne au juge de clarifier les intentions législatives et de régler les problèmes posés par la pratique. Étant donné que la durée constitue un point central de discussion entre les parties lors de la passation du contrat, il serait normal que la jurisprudence lui accorde un grand intérêt et que cette question soit au centre de ses préoccupations.

466. Ainsi, le Conseil d'État a apporté au cours des années, d'importantes précisions sur les modalités de détermination et de calcul de la durée et de l'interprétation de la durée normale d'amortissement. Cependant on remarque dans les dernières années l'établissement des limites du rapport durée/amortissement (A), voire même des clous qui se plantent dans le cercueil du rapport durée/amortissement (B).

A- L'établissement des limites du rapport durée/amortissement

467. En matière de durée des délégations de services publics, la jurisprudence présente chaque année une nouvelle appréciation de cette clause si particulière. Cependant en 2009 le Conseil d'État a écarté la notion de l'amortissement comptable (1) de la détermination de la durée normale d'amortissement. Cependant la ligne de pensée du juge administratif, surtout après la décision rendue en 2010, nous présente une nouvelle vision de distinction entre durée contractuelle et durée normale d'amortissement

(2).

1- L'écartement de l'amortissement comptable

468. N'ayant jamais eu l'occasion de se prononcer sur la question du mode de calcul de la durée des DSP lorsque celle-ci dépend de la durée d'amortissement des investissements, le Conseil d'Etat trouva dans l'affaire *Société Maison Comba* le temps convenable pour le faire. Cependant, la Cour d'Appel de Marseille avait auparavant débuté cette ligne de pensée dans son arrêt, *Société crématoriums de France et Commune Aix-en-Provence* du 18 décembre 2006, avant que le Conseil d'Etat s'occupe de la suite dans l'arrêt *Société Maison Comba*. Jusqu'à 2009, le pic des travaux du Conseil d'Etat était de faire passer l'encadrement de la durée d'une DSP pour un impératif d'ordre public visant à assurer une remise en concurrence périodique.

469. Le calcul de la durée en fonction de l'amortissement commence, avec l'arrêt de la Cour d'Appel de Marseille, à avoir plus de concrétisation. Bien que le tribunal administratif ait annulé la délibération contestée sous prétexte que la durée de la convention excédait la durée de l'amortissement des investissements financés par le cocontractant, la cour administrative a refusé de s'aligner littéralement à la notion de « *durée normale d'amortissement* ». Pour la cour, « *eu égard à la diversité des modes de calcul possibles de la durée d'amortissement des installations à la charge du délégataire, à la complexité des installations concernées, et à l'incidence sur cette durée de divers éléments, tels que les tarifs des prestations, les charges diverses d'exploitation liées à la nature du service et aux exigences du délégataire, la durée normale d'amortissement des installations, au sens des dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, ne saurait se réduire à la durée d'amortissement comptable figurant dans les comptes prévisionnels des candidats, mais doit résulter d'un équilibre global entre ces différents éléments, que la négociation avec le candidat retenu doit permettre d'apprécier, de manière à déterminer la durée maximale de la convention* »⁵⁶⁹.

470. Dans sa décision du 11 aout 2009, *Société Maison Comba*, le Conseil

⁵⁶⁹ CHATAIN S., Note sous CAA Marseille du 18 décembre 2006, n° 04MA01644 et 04MA01841, *Société crématoriums de France et Commune Aix-en-Provence*, JCP A, n° 23, 4 Juin 2007, 2138, p. 9, spec. p. 10.

d'Etat, en validant le raisonnement des juges d'appel, donna une définition plus claire de la durée contractuelle. En effet c'est « *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 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* »⁵⁷⁰. Le rapporteur public, suivi par le conseil, considéra que la loi Sapin « *ne saurait être regardée comme proscrivant, de façon mécanique, toute durée excédant celle de l'amortissement comptable des investissements* ».

471. L'approche adoptée par le juge du contrat dans ces deux arrêts n'exclut pas l'amortissement comptable du jeu de la détermination. Au contraire, cet amortissement demeure le principal référentiel à utiliser pour déterminer la durée contractuelle, mais la collectivité publique peut dorénavant se référer également à l'ensemble des charges de construction et d'exploitation rapportées aux recettes du contrat⁵⁷¹. Ainsi la qualité de référentiel attribué à l'amortissement comptable n'emporte pas son exclusivité. La durée initiale continue à être appréciée au regard de la notion d'amortissement et d'investissement mais aussi de l'ensemble des éléments financiers et techniques du contrat. Ces composantes du contrat sont donc élevées au rang de référentiel au même titre que l'amortissement industriel.

472. En effet cette solution certifie l'absence d'une parfaite synchronisation entre la durée du contrat et l'amortissement des installations et nous pousse, à définir la clause contractuelle relative à la durée, à ne tenir compte que de l'équilibre économique général de la convention. Pourtant, s'il faut sortir de la prison du rapport durée/amortissement, il faut le remplacer par une autre équation d'appréciation de la durée, à défaut, le risque d'avoir des conventions à des durées très longues voire indéterminées augmentera. Conscient de cette équation, le Conseil d'Etat avait opté pour le rapport durée/rémunération/ investissement, rapport fondamental pour toute délégation.

⁵⁷⁰ ECKERT Gabriel, Note sous CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba, Contrats et Marchés publics*, n° 11, Novembre 2009, comm. 364, p. 24

⁵⁷¹ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 192

« *Montant des Investissements à amortir + Bénéfice d'exploitation = Recettes liées aux tarifs × Durée d'exploitation* »⁵⁷². Ce rapport garantit l'intérêt du service, l'attractivité des opérateurs privés. Ainsi la durée serait déterminée par la collectivité en fonction du rapport Dépenses/Recettes, à savoir que les dépenses représentent l'ensemble des frais d'investissements, du maintien et du renouvellement, ainsi que des charges liées aux dépenses de gros entretien et/ou de grosses réparations, alors que les recettes représentent, d'une part, la rémunération principale liée aux tarifs dans ces contrats et, d'autre part, la rémunération accessoire dont l'origine peut varier et résulter par exemple de la publicité ou même des prestations annexes⁵⁷³.

473. Néanmoins, le recours à la notion d'équilibre économique général du contrat n'est pas une nouveauté. Le tribunal administratif de Lille a déjà eu l'occasion de se référer à cette notion pour apprécier la durée contractuelle face à la complexité inhérente à l'amortissement du patrimoine d'un contrat de délégation⁵⁷⁴. Mais cette référence n'a jamais été aussi claire et expresse qu'avec l'arrêt *Société Maison Comba*.

474. D'ailleurs, pour étayer ses conclusions sur la notion d'équilibre économique général, le rapporteur se réfère à la décision du 20 janvier 1993 du Conseil Constitutionnel qui énonce « *Considérant qu'il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire ; que s'il a précisé à cette fin que la durée de la concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, il a laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées ; qu'en particulier, en renvoyant à un décret en Conseil d'État, il n'entendait pas permettre à l'autorité réglementaire de définir par des règles de*

⁵⁷² VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, JCP A, n° 46, 9 novembre 2009, 2261, p. 13, spec. p. 15

⁵⁷³ Idem

⁵⁷⁴ BOULAY Françoise, Conclusions sur TA Lille, 23 février 1995, *Préfet Nord*, « La notion de délégataire pressenti avant la date de publication de la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA* 1996, p. 423.

portée générale la durée normale d'amortissement ; que, sous réserve de cette interprétation, cette disposition n'est pas contraire à la Constitution ». Selon lui, ni le législateur, ni le Conseil Constitutionnel n'ont souhaité réduire le calcul de la durée contractuelle à une appréciation limitative de la durée d'amortissement comptable du patrimoine financé par le délégataire. Ainsi, en se référant à ce considérant, le rapporteur ne cherchait pas à nier le rôle que joue l'amortissement dans la détermination de la durée mais à rappeler que au regard de la complexité et la diversité de ses modes de calcul il serait inhérent de le compléter et donc de tenir compte du rapport Dépenses/Recettes et de la notion de l'équilibre économique général de la convention. Cette décision est considérée pour M. VILA comme constituant « *un aveu d'impuissance dans la rationalisation des effets comptables et juridiques d'un mécanisme transposé du secteur privé dans le champ de la commande publique* »⁵⁷⁵.

475. À notre avis, cet arrêt présente une lecture plus conforme à l'esprit de la Loi Sapin que les jurisprudences antérieures même s'il s'écarte des lettres du texte en remettant en question le rapport durée/amortissement. En fait, si le juge avait prévalu l'amortissement comptable des investissements sur l'équilibre économique, il aurait dû déclarer la nullité du contrat sous prétexte de la durée excessive, mais cette solution aurait été injuste à l'égard du délégataire qui n'aura pas le temps suffisant pour amortir réellement ses installations. Or, quoique la durée du contrat adoptée en l'espèce, dépassait la durée normale d'amortissement comptable, mais tant qu'elle ne génère pas de rente de situation, son calcul s'inscrit dans le cadre de la Loi Sapin. Ainsi en établissant l'équilibre entre d'une part la limitation dans le temps des avantages procurés au délégataire par la délégation et d'autre part la nécessité pour lui d'en retirer un bénéfice raisonnable, le juge s'est conformé à l'esprit de la loi Sapin en jugeant légal la clause contractuelle relative à la durée. Il ne s'agissait en effet, « *ni de permettre à la liberté contractuelle de contourner les règles dont la finalité est de protéger la libre et égale concurrence, ni de rigidifier l'encadrement juridique des montages conçus « sur mesure » pour une situation*

⁵⁷⁵ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, *op. cit.*, spec. p. 16

particulière »⁵⁷⁶ mais justement de rechercher l'équilibre du contrat.

476. Cependant cet arrêt souffre d'un paradoxe⁵⁷⁷ flagrant. En analysant les conclusions du rapporteur public, on a l'impression que l'article 40 de la loi Sapin dresse une durée plafond qui correspond à la durée normale d'amortissement. Or la solution adoptée par le Conseil d'Etat valide une durée contractuelle qui est supérieure à la durée d'amortissement de 10 années.

477. Et pourtant, Depuis l'apparition de l'arrêt *Société Maison Comba*, la série des arrêts qui l'ont suivi ont remis en cause les jurisprudences des années 2008 et 2009, dans lesquelles le juge administratif se livrait à une appréciation concrète de l'amortissement comptable et financier pour déterminer la clause du contrat. Désormais, le juge administratif fait prévaloir l'équilibre économique du contrat au détriment de l'amortissement.

2- Une distinction entre durée contractuelle et durée normale d'amortissement

478. La méthode de calcul de la durée était, cependant, restée indécis et incomplète jusqu'à une récente date où le juge administratif a étalé certaines règles permettant un juste calcul. Dans la décision *Commune Chartres* le juge décide que la durée maximale de la convention de DSP ne peut dépasser la durée normale d'amortissement à laquelle s'ajoute la durée nécessaire pour le montage de l'installation par le délégataire. Cet arrêt apporta d'utiles précisions sur les règles régissant le calcul de la durée du contrat. Il dispose 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 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*

⁵⁷⁶ IDOUX Pascale et CAFARELLI François, Note sous l'arrêt du CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Sté Maison Comba*, «Durée des délégations de service public », *Droit Administratif* n° 11, novembre 2009, comm. 147, p. 27, spec. p. 28

⁵⁷⁷ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, op. cit., spec. p. 15

investissements ; que, de plus, le point de départ de l'amortissement étant la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage, il convient, afin d'évaluer la durée maximale de la délégation, d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée normale d'amortissement »⁵⁷⁸. Ainsi, la cour d'appel a commis une erreur de droit en ne prenant en compte que la durée d'amortissement pour calculer la durée contractuelle. Il leur appartiendra, dès lors, de rechercher si la durée de deux ans, excédant la durée normale d'amortissement, n'excède pas le temps nécessaire à la réalisation et à la rénovation des parcs de stationnement en cause, dans ce seul cas, la durée sera jugée excessive.

479. Dans la même ligne droite de pensée, le tribunal des conflits a, depuis des décennies, ajouté à la durée de l'amortissement technique des installations, une période complémentaire⁵⁷⁹ pour assurer au délégataire un gain net et remettre en état les biens avant leur retour à la personne publique.

480. Le premier apport de l'arrêt du 8 février 2010, *Commune de Chartres* est que la détermination de la durée doit nécessairement s'accompagner de celle du point de départ et du terme. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, part de ce concept, pour présenter un nouvel essai de détermination de « *la durée normal d'amortissement* ». Il soutient que cette durée comprend en plus de la durée d'amortissement (sans revenir sur quel type d'amortissement il désigne) la durée nécessaire pour le montage des travaux à amortir. Par conséquent le point de départ de l'amortissement serait la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage. Ainsi, « *il convient, afin d'évaluer la durée maximale de la délégation, d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée normale d'amortissement* »⁵⁸⁰. C'est pourquoi, le Conseil d'Etat a considéré que lorsque la cour d'appel de Nantes a décidé que la durée normale d'amortissement des installations dont la réalisation était mise à la charge du délégataire

⁵⁷⁸ ECKERT Gabriel, Note sous l'arrêt du CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Durée des conventions de délégations de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2010, comm. 147, p. 25

⁵⁷⁹ TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Esterel Côte-d'Azur, GAJA 2013, n° 80, p. 552, Rec., p. 787

⁵⁸⁰ ECKERT Gabriel, Note sous l'arrêt du CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Durée des conventions de délégations de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2010, comm. 147, p. 25

était de trente ans sans compter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements qui doit être pris dans la détermination de la durée contractuelle, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit.

481. Ainsi, bien que les juges du fond, dans leur décision, semblent être en harmonie avec les jurisprudences antérieures, dans la mesure où la durée normale d'amortissement des installations dont la réalisation était mise à la charge du délégataire était inférieure à la durée proposée dans le contrat, le Conseil d'État a cassé cette solution pour erreur de droit, car même si elle apparaît respecter les textes elle aboutirait, en cas de son adoption, à bouleverser l'économie du contrat. En statuant ainsi, cette décision vient intégrer la phase de la réalisation des travaux dans le calcul de la durée du contrat. L'atout supplémentaire de cette jurisprudence est d'élever en valeur de principe l'idée selon laquelle la durée de réalisation des travaux doit précisément être délimitée au cours de la procédure de passation. Une telle solution éviterait que la durée totale ne soit pas limitée⁵⁸¹.

482. La décision *Commune Chartres* vient, en effet s'inscrire, dans la ligne de la décision *Société Maison Comba* en précisant sa portée pour que celle-ci puisse s'appliquer « *faute de mieux pour le moment* »⁵⁸² à l'ensemble des contrats de délégation dont la durée n'est pas limitée par les textes. Selon M. VILA le juge du contrat a présenté une nouvelle modalité d'appréciation de la durée contractuelle qui mérite d'être adoptée par l'ensemble des Contrats de DSP même par ceux dont la durée maximale est fixée par des textes (on y reviendra à ce point la plus tard). Cette nouvelle modalité consiste à « *apprécier la durée du contrat, non plus en tenant compte des pertes (l'amortissement technique/industriel/comptable visé à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités permet de traiter les dépréciations, c'est-à-dire les pertes de valeur, du patrimoine en comptabilité générale), mais en se référant aux gains (le retour sur investissements du*

⁵⁸¹ VILA Jean-Baptiste, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, *Société Veolia propreté*, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A*, n° 26, 2 juillet 2012, 2226, p. 14, spec. p. 17

⁵⁸² VILA Jean-Baptiste Note sous l'arrêt du CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 17, 26 avril 2010, 2146, p. 26, spec. p. 27

cocontractant, c'est-à-dire le temps nécessaire à ce dernier pour couvrir ses charges et retirer une marge nette bénéficiaire)». ⁵⁸³ Quoique ce raisonnement amplifie les risques pour la personne publique, étant donné que les gains sont effectivement plus difficiles à détecter que les pertes parce que le délégataire aura toujours des possibilités d'occulter les vrais résultats de la délégation par les divers moyens qu'il possède, il présente l'avantage d'échapper à la difficulté de l'appréciation du traitement comptable de l'amortissement dans la comptabilité des cocontractants. Mais cependant, malgré l'importance de cette nouvelle approche, l'auteur n'omet pas d'évoquer ses craintes que celle-ci fournirait un champ d'abus pour le délégataire en ne prenant en compte que les gains d'exploitation sans les gains de gestion qui « sont pourtant nombreux (gains fiscaux de l'amortissement qui ne sont pas appréciés dans le calcul de l'indemnité souvent versée par les personnes publiques pour le retour de biens dans la sphère publique ; « *Goodwill* » du délégataire qui bénéficie d'une présomption de savoir-faire technique et financier au regard du contrat conclu avec la personne publique ; sous-investissements lors de l'entretien et du renouvellement du patrimoine en raison des carences des expertises patrimoniales ex post menées par la personne publique...) et mériteraient d'être intégrés dans ce calcul du rapport Dépenses / Recettes » ⁵⁸⁴. Et malgré ces craintes il garde l'espoir que cette mission sera l'étape suivante dans l'office du juge du contrat en matière de durée des délégations de service public. A défaut, le juge risquerait de consacrer, dans la pratique, des conventions de DSP se caractérisant par un déséquilibre économique.

483. Enfin si cette décision classe la durée d'amortissement avec celle des travaux comme une sorte de durée plafond au-dessous de laquelle les parties sont libres de prévoir une durée d'exécution plus courte en fonction d'autres éléments financiers du contrat, elle n'a pas pour autant levé les incertitudes juridiques, financières et comptables immanentes à ces modalités particulières de calcul de la durée contractuelle ⁵⁸⁵. En effet, considérer la durée normale d'amortissement comme la durée exacte de la convention

⁵⁸³ Ibid, spec. p. 28

⁵⁸⁴ Idem

⁵⁸⁵ VILA Jean-Baptiste Note sous l'arrêt du CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », op. cit., p. 26

revient à restreindre au maximum la liberté administrative dont jouie la collectivité. Par contre, considérer la durée normale d'amortissement comme plafond, n'entamerait surtout pas le principe de libre d'administration et la liberté contractuelle des collectivités territoriales mais revient à savoir d'avance, qu'au terme du contrat il persistera des investissements non amorties et donc qu'il faut prévoir à l'avance une indemnité équivalente à leur valeur, solution qui sera même pas posée avant 2012.

B- L'arrêt du 4 juillet 2012 : Un nouveau clou dans le cercueil du rapport durée/amortissement

484. Après les jurisprudences *Société Maison Comba* en 2009 et *Commune de Chartres* en 2010, l'année 2012 vient d'être marquée par un nouveau rebondissement en matière de la durée des conventions de DSP.

485. En effet, le calcul de la durée de DSP et le recours à la notion de durée normale d'amortissement n'ont jamais fini de soulever des questions. Dans cette ligne de raisonnement, l'arrêt *Communauté d'agglomération Chartres métropole* rendu le 4 juillet 2012 s'interroge sur la légalité d'une convention prévoyant une durée inférieure à la durée normale d'amortissement assortie d'une indemnité compensatrice pour les investissements non amortis. En réponse à cette question, la haute juridiction admet, que l'article 40 de la loi Sapin pose à travers la notion « *durée normale d'amortissement* » une durée plafond qui ne peut être dépassée mais n'exige pas, de la même rigueur, une durée minimale du contrat. Il interdit expressément et exclusivement le dépassement de ce plafond, aucune autre interdiction n'est relevée de ce texte.

486. Avant cette jurisprudence, la seule indemnisation admissible était celle qui intervenait suite à une résiliation du contrat par l'administration. Jamais l'hypothèse de la prévision d'une indemnité compensant les investissements non amortis suite à une durée délibérément fixée en-dessous de la durée d'amortissement n'avait été envisagée. La durée était toujours conditionnée par l'amortissement complet des investissements financés par le délégataire. Par conséquent, c'est le calcul adéquat de l'amortissement qui doit permettre de déterminer la durée exacte de la convention. L'amortissement constituait ainsi le critère permettant de fixer le terme de la convention. « *On pouvait alors croire*

que le législateur avait entendu consacrer une égalité entre les deux durées »⁵⁸⁶. Cependant, selon cette jurisprudence, il serait possible aux contractants de prévoir une durée inférieure à celle de l'amortissement et de déterminer lors de la conclusion du contrat le montant de l'indemnisation que doit recevoir le délégataire, pour les investissements non amortis, à la fin de la convention.

La solution adoptée est à la fois juste pour le délégataire et concevable pour le délégant et s'inscrit également dans l'intérêt du service. Elle favorise « *la bancabilité des conventions de délégation de service public, c'est-à-dire la capacité du projet à intéresser des partenaires financiers dans des conditions – notamment de coût – acceptables par l'ensemble des parties prenantes* »⁵⁸⁷. Ceci permettra de réduire les chances d'une indemnisation aléatoire. « *La contractualisation des risques et leur indemnisation sont un indicateur de sécurisation pour les prêteurs* »⁵⁸⁸.

487. D'ailleurs la justification de la possibilité de voir une durée inférieure à la durée normale d'amortissement puise ses forces dans le principe même de la liberté d'administration qui a servi le Conseil Constitutionnel dans le passé pour justifier l'idée même de la limitation de la durée à la durée normale de l'amortissement. La même liberté qui permet au délégant d'adopter une modalité de calcul de la durée sans les autres, lui permettra également d'admettre une durée inférieure à la durée nécessaire pour l'amortissement des installations tant que l'ensemble des droits du délégataire est maintenu. C'est ce que le Conseil d'Etat a soutenu en considérant 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 et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat ; qu'il en résulte que la convention pouvait légalement prévoir le montant de l'indemnisation due au titre des investissements non encore amortis au terme du contrat* ». Ainsi, si le législateur a fixé

⁵⁸⁶ MARCHAND Jennifer, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres métropole, Droit Administratif*, n° 3, Mars 2013, étude 6.

⁵⁸⁷ Idem

⁵⁸⁸ Idem

par le biais de la loi Sapin une durée plafond, il n'a pas prévu en vertu de la même loi une durée plancher.

488. Dans sa décision, le Conseil d'Etat avait suivi les conclusions de son rapporteur public, Nicolas Boulouis, selon lesquelles « *si donc peuvent exister légalement des DSP dont la durée de vie est inférieure à celle des équipements que le délégataire a réalisés, il faut admettre que le délégataire a droit à une indemnisation pour la part non amortie des biens. Sur le plan pur des principes, il n'y a pas de raison de distinguer entre l'indemnisation pour résiliation de la convention fondée sur un motif d'intérêt général et indemnité de rachat calculée sur la même base à la signature du contrat* ». Suivre ce raisonnement par le Conseil d'Etat était attendu puisqu'il relève du droit des personnes publiques à la liberté contractuelle. Au contraire, rejeter ce raisonnement, risque de remettre en cause cette liberté, ainsi que le régime de la résiliation unilatérale qui constitue une prérogative entre les mains des personnes publiques⁵⁸⁹. Cependant, La légalité d'une telle clause indemnitaire est subordonnée à ce que le montant d'indemnisation des investissements non amortis à la fin du contrat soit régulièrement porté à la connaissance des membres du conseil des élus pour recueillir leur approbation du contrat. Faute de quoi, l'information des membres du conseil communautaire serait jugée insuffisante, et par la suite le consentement donné par le conseil serait erroné ce qui entâchera la délibération par laquelle le conseil communautaire aurait décidé la signature de la convention, d'une illégalité⁵⁹⁰.

489. Dans un sens général, la première conclusion à retenir de cette décision, est que la durée du contrat n'est plus contrainte par la durée normale d'amortissement et ne l'a jamais été. Ainsi ce n'est pas l'amortissement qui détermine la durée de la délégation. « *Cela signifie que le principe de proportionnalité entre l'importance des investissements à effectuer et la durée nécessaire à leur amortissement ne joue que dans le sens du plafonnement de la durée de la délégation de service public. Il n'implique pas la fixation d'une durée plancher en dessous de laquelle les parties ne pourraient pas*

⁵⁸⁹ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Sté Véolia eau*, « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », *JCP A* n° 50, 17 Décembre 2012, 2388, p. 14, spec. p. 16

⁵⁹⁰ Ibid, p. 14

descendre »⁵⁹¹. La liberté contractuelle de la collectivité peut alors s'exprimer pleinement surtout qu'elle semble aller, en l'espèce, dans le sens d'une remise en concurrence plus rapide de la délégation de service public. En contrepartie, les cocontractants sont en droit de déterminer dès la conclusion du contrat, le montant de l'indemnité de rachat des biens non amortis que la personne publique devra verser à son issue. L'un ne va pas sans l'autre : c'est parce qu'il est certain de percevoir une indemnité de rachat pour la partie non amortie des biens, que le délégataire va accepter de conclure une délégation de service public dont la durée sera inférieure de celle nécessaire à l'amortissement des investissements réalisés. Sans cette garantie, il n'aura aucun intérêt de passer un tel contrat. Dans ce sens, l'indemnité de rachat doit être comprise comme une indemnité versée pour couvrir le préjudice prévu et subi par le cocontractant et peut quand même concerner les biens de retour. Elle est semblable à celle versée en cas de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

Il est, en tout cas, clair que cette décision s'inscrit dans la continuité de l'analyse adoptée par le Conseil d'Etat dans son avis du 19 avril 2005. En répondant à la deuxième question posée par le ministre de l'équipement, le Conseil d'Etat estime qu'en cas de non modification de la durée du contrat suite à un avenant introduisant des nouveaux investissements sur la charge du délégataire, il serait normal d'exiger, « *et sauf faute de l'autorité délégante ou de stipulations contraires de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation* » à condition que cette indemnisation ne couvre « *que le coût des investissements non amortis évalué à leur valeur nette comptable sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle* »⁵⁹². Dans cet avis, le Conseil d'Etat paraît avoir une position souple sur l'hypothèse d'avoir une durée (restante) non conforme, et en particulier inférieure, à la durée d'amortissement (des nouveaux) investissements. Il aurait pu imposer la prolongation de la durée du contrat pour qu'elle soit proportionnelle à la durée d'amortissement des ouvrages, mais il ne l'a pas fait. Ainsi, si on peut admettre d'avoir cette disproportionnalité entre ces deux durées

⁵⁹¹ BRENET François, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole et Société Veolia eau*, « Détermination de la durée des délégations de service public et sanction du défaut d'information des conseillers communautaires dans le cadre d'un déféré préfectoral », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 704, janvier 2013, comm. 2, spec. (§2)

⁵⁹² CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 200

au cours du contrat sous réserve d'indemnisations des biens non amortis, qu'est-ce qui empêche de l'avoir au moment de la conclusion du contrat ?

490. Cette jurisprudence a donc le mérite de distinguer entre les deux notions de durée et d'amortissement, longtemps unies pour des raisons non satisfaisantes. L'étape suivante sera de mettre fin à cette union frustrée. Ainsi, la durée normale d'amortissement ne peut plus prévenir le terme du contrat. Ce dernier n'est pas nécessairement fixé à l'issue de la durée calculée en fonction de l'amortissement⁵⁹³. Si une durée peut être déterminée au dessous de l'amortissement ceci démontre une nouvelle fois qu'elle est liée à d'autres facteurs qui justifient ce choix. En effet cet arrêt montre que la détermination de la durée est libre de toute contrainte à part le plafond fixé par la durée normale d'amortissement, qui est lui-même variable. Cet arrêt remet donc à sa vraie place le rapport durée/tarifs/coût/biens/amortissement en tant que facteurs contractuels dont l'union doit assurer l'équilibre économique du contrat et rien autre que l'équilibre. Ainsi, il n'est plus admis désormais de considérer que si la durée contractuelle est plus courte que la durée normale d'amortissement, le cocontractant ne serait plus en mesure d'amortir ses investissements et son droit à percevoir des redevances sur les usagers serait amputé.

491. Cependant, derrière le caractère limpide de cette décision, le Conseil d'État a raté l'occasion de se libérer totalement de la notion d'amortissement dans toutes ses formes. Après avoir écarté l'adoption de l'amortissement comptable par ses deux décisions *Société Maison Comba*, et *Commune de Chartres*, le Conseil d'Etat semble le retenir de nouveau. D'une façon technique, la durée choisie peut toujours permettre un amortissement complet des installations soit en élevant les tarifs soit en prévoyant une indemnité à la fin du contrat. Il élude, en tout cas, un point essentiel, à savoir le référentiel à retenir de nouveau l'amortissement comptable pour analyser le montant de l'indemnité due par la personne publique. Cependant, il semble difficile de prévoir dans un projet de contrat, le montant de l'indemnité qui sera due au délégataire. C'est pourquoi, on attend que le juge précise dans une jurisprudence prochaine que cette indemnisation ne peut pas être strictement déterminée dès le départ en raison des fluctuations de valeurs qui peuvent être constatées sur les biens, et surtout que

⁵⁹³ NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441, spec. p. 1443

l'amortissement, comme on vient de le montrer, n'est pas stable et on ne peut pas le prévoir exactement au moment de la conclusion du contrat. Aussi, il serait conseillé de prévoir dans une clause que l'indemnité serait appréciée par le juge ou par un expert en fin du contrat comme c'est le cas lors d'une résiliation. Ainsi, si l'amortissement est total, au terme du contrat, aucune indemnisation ne serait due. *« Il conviendra en outre de lister tous les éléments soumis à cette expertise (biens de retour et biens de reprise) et d'en opérer une décomposition (puisque leur amortissement comptable est traité comme tel par les délégataires privés). »*⁵⁹⁴

492. Finalement, dans sa note sur l'arrêt du 4 juillet 2012, M. VILA pose certaines questions pertinentes qui certifient que le travail sur la durée contractuelle n'est pas encore achevé : *« Cette décision ne prend cependant pas en compte toutes les conséquences du principe qu'elle consacre. Qu'en est-il lorsque l'amortissement comptable, qui est littéralement le pendant du droit d'exploiter concédé au délégataire, est plus court que les prévisions négociées en amont ? Qu'en est-il aussi de la pratique courante des amortissements financiers dans l'ensemble des délégations de service public alors qu'ils sont en principe réservés aux seules concessions, augmentant d'autant la marge nette bénéficiaire du délégataire ? Qu'en est-il enfin de l'ensemble des éléments financiers qui ne sont toujours pas pris en compte par le droit à ce stade ? »*⁵⁹⁵.

Ainsi, on peut être sûre que cet arrêt ne sera sans doute pas le dernier tant que l'équilibre financier des DSP, affecté par la durée, demeure un *« enjeu central en cette période troublée »*⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Société Véolia eau*, « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », op. cit., spec. p. 18

⁵⁹⁵ Ibid, spec. p. 17

⁵⁹⁶ Ibid, p. 14

Conclusion du Chapitre I

493. Loin d'ignorer que la durée du contrat entretient avec l'amortissement des installations un fructueux dialogue, la référence à la durée normale d'amortissement n'est pas pleinement satisfaisante. Du point de vue du législateur, ce dernier ne cherchait qu'à trouver un moyen acceptable, capable de déterminer la durée contractuelle d'une façon mathématique qui peut concilier entre les intérêts du service public et les intérêts du délégataire. En effet, le calcul de la durée en fonction de l'amortissement, tel que proposé par la Loi Sapin, part d'un postulat que la valeur totale du patrimoine à amortir ne doit pas varier au cours de l'exécution du contrat, postulat démenti par la pratique et ne prend en compte que le rôle théorique de l'amortissement.

494. De même, ce qui peut paraître décevant, du côté de la jurisprudence administrative, est que le Conseil d'État a mis une période relativement longue pour se prononcer sur l'interprétation à donner de la notion de « *durée normale d'amortissement* » dont l'ambiguïté avait été, dès le départ, repérée. Il n'y a aucun doute que l'amortissement occupe une place cardinale dans le champ juridique des DSP et que sa véritable fonction n'est pas encore complètement révélée.

Que la durée des délégations de service public soit limitée est un défi à prendre et à assumer pour la simple raison que la gestion déléguée a longtemps constitué un terrain d'élection des rentes de situation résultant de l'attribution de la gestion des services publics à des délégataires pour des durées anormalement longues et déconnectées de l'importance des investissements à supporter. Pourtant, les moyens mis en place par la loi Sapin, avec toute l'ambiguïté qui va avec, ne semblent pas pouvoir mener la collectivité publique au résultat désiré.

495. Enfin, d'après tout ce qui vient d'être dit et démontré, l'imprécision du législateur, l'hésitation du juge constitutionnel, l'évolution continue de la jurisprudence administrative dans le sens de l'effondrement de ce rapport, l'on ne peut que voir la difficulté, voire l'impossibilité, de fixer une durée en se basant sur des facteurs variables

quoique l'idée de détermination en elle-même soit séduisante et tranquillisante. Mais, en tenant compte de cette impossibilité, n'y aura-t-il pas d'autres solutions ?

Chapitre II – La précarité irrévocable de la détermination

496. Les dispositions de la Loi Sapin devaient être prises dans le sens de la construction d'un système juridique complet régissant les délégations de service public, permettant d'une part, de prévaloir le principe de la transparence et d'autre part, de faire face aux rentes de situations pour aboutir à des saines relations contractuelles garantissant les intérêts du service sans nier nonobstant aux intérêts propres des délégataires.

497. Cependant, la transmission de ces dispositions à la scène de la vie pratique a divulgué le taux d'ambiguïté et de faiblesse qui envahissaient leurs termes. Ainsi toute l'effectivité théorique de l'article 40 fut démentie par la pratique qui mit le doigt sur des lacunes laissées intentionnellement ou non par le législateur et qui interdisaient de ce fait d'avoir une vraie détermination de la durée. D'où la fragilité de la restriction française (Section I)

498. Concernant la situation libanaise, les législations en cours ne présentaient aucune précision sur les principes généraux qui doivent régir les contrats de délégations de service public en général et la détermination de la clause de la durée en particulier. Il était donc attendu que la pratique rencontre des situations d'abus face auxquelles seul le juge serait en position de prouver sa volonté et sa capacité d'exercer son droit de contrôle jusqu'au bout. Malheureusement, la pratique a montré la faillite au niveau de la restriction libanaise (Section II)

Section I : La fragilité de la restriction française

499. L'étude précédente des strictes conditions de prolongation instaurées dans l'article 40 de la Loi Sapin donne l'impression que ces conditions sont exclusives. Pourtant, l'ambiguïté de certaines notions qui y sont présentes a ouvert la voie à des vagues interprétations sur les possibilités de prolongation (paragraphe 1), ce qui a fait perdre à l'article 40 une grande partie de son utilité en montrant que la liberté de la collectivité est encore loin d'être encadrée.

500. En outre, s'il a été considéré que la Loi Sapin s'est contentée d'exposer des règles générales visant à renforcer les principes d'égalité et de transparence dans le but de prévenir et de lutter contre la corruption dans le domaine des DSP, il revenait particulièrement au juge administratif de préciser et de déterminer les contours de ce régime juridique. Il est désormais normal et admis que le contrôle du juge administratif sur le choix de la durée de la délégation ou sur le choix des modalités d'encadrement de celle-ci s'exerce à la fois avant et après la signature de la convention de délégation. Avant la signature, à travers le juge du référé précontractuel qui contrôlera le manque de certitude dans l'établissement des critères de sélection des offres. Ce contrôle sera poursuivi par le juge du contrat, après la signature pour vérifier que la durée de la délégation était conforme ou non à la durée normale d'amortissement. Cependant, malgré l'élargissement de son domaine d'intervention, l'hésitation qui perdure au niveau du contenu du contrôle relève un fiasco du juge dans la contribution à la fixation (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les vagues interprétations sur la possibilité de prolongation

501. L'article 40 de Loi Sapin a suscité, depuis sa promulgation, une interprétation approfondie dans ses termes ambigus permettant son application. Les efforts munis par le législateur et le juge administratif ont réussi à restreindre l'ambiguïté de certaines notions (A) telles « *les travaux* » et à prohiber d'autres, tel « *l'adossement* ».

502. Toutefois, quoique la doctrine et la jurisprudence aient également veillé à adopter des interprétations strictes pour des termes plus ambigus tels « *l'intérêt général* » et « *la bonne exécution du service* » ceci n'était pas suffisant pour rationaliser l'article 40. Ainsi, ces conditions restrictives en théorie, ne l'étaient pas dans la pratique. Dans ce sens, une persistance pratique de certaines ambiguïtés (B) demeure.

A- La réussite relative de la restriction de certaines ambiguïtés

503. Une lacune détectée, un an après la promulgation de la Loi Sapin, au niveau du terme « *travaux* », a sollicité le législateur à intervenir à deux reprises pour encadrer (1) le sens convenable à adopter.

504. En outre, alors que le législateur était clair sur la prohibition des paiements étrangers à la délégation, en établissant dans l'article 40 une stricte interdiction des redevances et des droits d'entrée, il a omis de régler une pratique, assez grave, dont souffrent souvent les DSP : l'adossement. Cette pratique n'a connu son terme que suite à une prohibition jurisprudentielle (2).

1- L'encadrement postérieur du législateur du terme « *Travaux* »

505. La première critique adressée à l'article 40 de la loi Sapin sur la restriction de la notion de « *Travaux* » a apporté ses fruits. Ainsi cette expression a été substituée, un an plus tard, par le terme « *investissements matériels ou immatériels* » en vertu de l'article 70 I de la loi du 8 août 1994⁵⁹⁷. Il était clair que la première notion n'englobait pas l'ensemble des demandes que peut exiger le délégant et qui seront susceptibles de déséquilibrer l'économie du contrat, parce que certaines délégations ne nécessitent pas de travaux et parce que le délégant peut toujours imposer à son délégataire l'accomplissement de dépenses supplémentaires sans que ces dépenses soient matérialisées par des travaux. La nouvelle notion adoptée libèrera les contractants de cette restriction et étendra la prolongation à toute dépense supplémentaire exigée par l'autorité délégante, déséquilibrant l'économie du contrat, que cette dépense s'est matérialisée sous forme de travaux ou non.

506. Toutefois, l'adoption de cette large expression risque de vider la Loi Sapin de son sens, parce que cette souplesse au niveau des conditions de la prolongation conjuguée avec l'absence de limitation de la durée de la prolongation anéantirait les efforts de transparence de la loi et porterait par la suite atteinte à la volonté d'avoir une organisation périodique d'une procédure de publicité à travers l'encadrement stricte des possibilités de prolongation sans publicité.

507. Pour faire face à cette nouvelle situation, l'élargissement accordé à cette disposition ne tarde pas à être de nouveau rétréci aux seuls investissements matériels pour échapper à certains cas « *investissements immatériels* », telles que des études, qui

⁵⁹⁷ Loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JORF n° 184 du 10 août 1994 p. 11668

pouvaient dissimuler des pratiques de corruption. Ainsi, par un pas en arrière, le législateur supprima par l'article 1^{er} de la Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, le mot « *immatériels* » et limita cette hypothèse de prolongation aux seuls « *investissements matériels* », ce qui constitue la rédaction actuelle. Par cette loi, le législateur revient à une « *conception plus équilibrée des critères de prolongation* »⁵⁹⁸. Mais, si en se limitant à des causes exclusivement matérielles de la prolongation on aboutirait à une conception équilibrée garantissant le principe de la transparence, on risque cependant d'avoir une conception moins avantageuse pour le service qui se voit privé d'une prolongation légitime justifiée par la réalisation des prestations intellectuelles telles des études imparables, fortement rattachées à l'exécution du contrat de délégation.

508. Conscient de l'importance, l'immanence et la nécessité de certains investissements immatériels qu'il vient juste de supprimer pour se prévenir contre certains cas d'abus, le législateur admet de nouveau un anéantissement de la nouvelle expression « *d'investissements matériels* » qui vient d'être adoptée. Dans ce cadre, une interprétation souple de la notion « *investissements matériels* » serait appliquée regroupant par exemple, les brevets, les équipements informatiques ou bien encore l'acquisition de logiciels. Dès lors, seules seront exclues du b) les études et les prestations intellectuelles pouvant dissimuler des pratiques corruptives.

509. Ce qui est pourtant intéressant à voir c'est le passage d'une notion trop restrictive vers une notion trop large, pour céder finalement à une notion à mi-chemin : plus large que la première mais moins large que la seconde. Néanmoins, cette notion adoptée finalement demeure insatisfaisante et amputée étant donné qu'elle ne peut englober tous les investissements dont la réalisation s'avère inhérente à la continuité de l'exécution d'une DSP. Donc, dans le but de lutter contre la corruption et après deux ans d'hésitation, le législateur a choisi de garantir l'aboutissement manquant de cet objectif au lieu de risquer des situations de détournement. Conclusion suffisante mais non satisfaisante. Parce qu'en effet, si cette suppression des investissements immatériels

⁵⁹⁸ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Thèse, Limoges, 16 juillet 1997, p. 444

réduisait les possibilités de corruption et de détournement de la loi, ce résultat ne serait la conséquence de l'efficacité de cette suppression mais simplement la conséquence de la réduction du champ d'application de la prolongation. Ainsi, au lieu de s'affronter à des situations de détournement en raison des investissements matériels et immatériels supplémentaires, cet affrontement serait limité aux cas des investissements matériels. Dans ce sens le législateur a préféré prendre le chemin le plus court, il a choisi d'amputer l'organe cancéreux au lieu de l'éradication du cancer.

510. S'agissant du seuil de la notion d'investissements matériels au-delà duquel il serait nécessaire de recourir à une nouvelle mise en concurrence, le ministre de la fonction publique considère, dans une réponse publiée le 30 mai 1996 au JO du Sénat que *« le législateur n'a pas fixé de limites précises, mais a établi des critères d'évaluation tenant compte de la durée de la convention restant à courir, du montant de l'investissement et de son incidence sur le prix du service, qui conduisent à apprécier les situations au cas par cas »*⁵⁹⁹.

Sur ce dernier point l'on se demande pourquoi ne pas prendre en considération, dans la détermination du seuil au-dessus duquel la procédure de mise en concurrence est mise en œuvre, de la durée nécessaire pour l'amortissement des nouveaux investissements. Ainsi si cette durée est énormément importante, il serait plus efficace de recourir à un nouveau contrat même si les conditions de la prolongation, suivant l'article 40, sont toutes satisfaites. Cela ne veut pas dire retourner à la rédaction initiale de l'article 40 telle que présentée dans le projet de la loi et qui interdisait une prolongation dépassant le tiers de la durée initiale, disposition censurée par la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993, mais il serait quand même choquant de voir passer des prolongations pour des durées supérieures aux durées initiales du contrat.

2- La prohibition jurisprudentielle de « l'adossement »

511. Dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 40 de la Loi Sapin interdisant tout paiement étranger à l'objet de la délégation, figure la question polémique de la pratique de l'adossement. Cette pratique est surtout employée dans le

⁵⁹⁹ RM, n° 13236, *JOS Q*, Débat parlementaire, 30 mai 1996, MTP, 30 août 1996, p. 194

domaine des concessions autoroutières. Elle consiste à financer la construction d'une nouvelle section de route non rentable à travers une prolongation d'une concession existante au delà de la durée nécessaire à l'amortissement des installations propres à cette dernière dans le but de rembourser le concessionnaire des dépenses versées pour la nouvelle section. L'adossement prenait la forme d'un avenant à une concession autoroutière existante, par lequel la personne publique accepta la prolongation de la durée du contrat initial et confia au concessionnaire la construction et l'exploitation d'un nouveau tronçon.

512. La pratique de l'adossement est assez ancienne et s'est développée avec l'extension du réseau autoroutier national et la volonté constante d'un développement de ce système sur tout le territoire pour désenclaver certaines parties. En effet, si le concessionnaire est prêt à s'investir, dans une concession des tronçons autoroutiers pour lesquels le trafic envisagé lui permettra de compenser les dépenses, sans avoir le moindre doute de tenter un risque financier, il ne l'est sûrement pas pour une concession de construction des tronçons dont il est certain que le trafic envisagé ne permettrait jamais une exploitation rentable, sans que la collectivité lui présente un plan lui permettant de réaliser un bénéfice, égal et supérieur aux dépenses envisagées, ailleurs. Ainsi le recours à la pratique de l'adossement s'est présenté comme la solution cherchée qui est aussi avantageuse pour le concessionnaire existant que l'autorité délégante.

513. Cette pratique a été vivement dénoncée à plusieurs reprises par la Cour des comptes. Ainsi dans son rapport sur les concessions autoroutières⁶⁰⁰, la cour considéra que la durée de la concession « *perd toute signification dès lors qu'elle est susceptible d'être modifiée dans tout avenant ajoutant un nouveau tronçon au domaine concédé* ». En appelant à mettre un terme à cette opacité, la cour incite à élaborer, pour chaque nouveau tronçon inscrit au cahier des charges, « *un plan de constitution et de résorption des charges différées, présentant un caractère contraignant, articulé autour d'une date de « seuil de rentabilité » intangible sauf évènements économiques anormaux sur le*

⁶⁰⁰ Cour des comptes 6 juin 1990, *Rapport au Président de la République*, tome I, « opérations de l'Etat » et « collectivités territoriales et établissements publics locaux », 1990, *JO documents administratifs*, p. 227

marché des transports, afin d'éliminer la pratique des « dotations flottantes » »⁶⁰¹. Dès lors, lorsque la personne publique concède un nouveau tronçon à rentabilité financière insuffisante, il lui appartiendrait d'apprécier les autres motifs qui en imposent la construction et d'en assumer clairement la prise en charge. De même, dans son rapport sur la politique routière et autoroutière⁶⁰², la Cour critiqua l'inflexion dans l'interprétation de la notion de « *l'extension éventuelle* », mentionnée dans la loi du 18 avril 1955⁶⁰³, qui était censée concerner exclusivement le prolongement physique assez limité de la section concernée mais qui est pourtant appliquée à toute nouvelle section ajoutée au réseau concédé qu'elles qu'en soient la longueur, la cohérence, et la continuité avec les sections en exploitation et qui sera par la suite financée par les péages versés dans les sections les plus rentables, dont les emprunts ont été amortis, en prolongeant leur durée de concessions. De ce fait les péages ne seront plus utilisés pour couvrir l'exploitation de ces sections mais aussi des nouvelles sections.

514. Pour autant cette pratique a permis un accroissement spectaculaire du réseau autoroutier et a réussi à faire face aux critiques économiques dont elle faisait objet. Mais, avec la venue de la Loi Sapin et l'évolution du cadre juridique applicable au droit des DSP, elle ne pouvait plus se justifier juridiquement. Désormais, la personne publique ne conserve plus la même liberté dans la sélection de son contractant et dans la passation du contrat envisagé.

515. En réponse aux recommandations de la Cour des Comptes, le Conseil d'Etat, dans son avis du 16 septembre 1999⁶⁰⁴, précisa clairement l'illégalité de cette pratique qui porte atteinte non seulement aux règles de publicités préalables exigées par l'article 38 de la Loi Sapin et par conséquent au principe de l'égalité entre les candidats, mais aussi aux dispositions de l'article 40 qui interdisent les « *clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet*

⁶⁰¹ Cour des comptes 6 juin 1990, *Rapport au Président de la République*, tome I, « opérations de l'Etat » et « collectivités territoriales et établissements publics locaux », 1990, JO documents administratifs, p. 228

⁶⁰² Cour des Comptes, *Rapport au Président de la République sur la politique routière et autoroutière : évaluation de la gestion du réseau national*, mai 1992, JO documents administratifs, 1992, p. 78

⁶⁰³ Article 4 de la Loi n°55-435 du 18 avril 1955, *Portant statut des autoroutes (classement, servitudes, concessions)*, JO 20 avril 1955, p. 4023

⁶⁰⁴ CE, Avis n° 362 908 du 16 septembre 1999, Section des travaux publics, EDCE 2000, n° 51, p. 230

de la délégation... ». Ainsi « la prolongation de la durée d'une concession dont les installations seraient amorties, à seule fin de financer la construction et l'exploitation d'un tronçon autoroutier distinct, ne répondait pas aux prescriptions posées par cet article »⁶⁰⁵. Le Conseil d'Etat expliqua dans son avis pourquoi cette prolongation ne peut pas correspondre aux dispositions du b) de l'article 40 et par conséquent pourquoi on ne peut plus considérer cette prolongation comme justifiée par l'extension géographique. Pour la haute juridiction, l'extension du champ d'application mentionnée à l'article 40 ne couvre pas le cas des travaux portant sur la construction d'un ouvrage distinct de l'ouvrage prévu initialement. « Les investissements supplémentaires non prévus du contrat devraient, à cet égard, constituer un accessoire de l'ouvrage initial, cet aspect accessoire résultant notamment de leur dimension et de leur coût limités en comparaison avec ceux de l'ouvrage principal, et de leur absence d'autonomie fonctionnelle propre. Cela peut, en particulier, être envisagé si ces investissements accessoires constituent une extension limitée de l'ouvrage existant ou prennent place entre les extrémités dudit ouvrage sans pouvoir être regardés comme dissociables de ce dernier, et permettent d'en assurer une exploitation rationnelle et continue »⁶⁰⁶. Ce qui est loin d'être la réalité de la pratique de l'adossement.

516. La fin de cette pratique constitue l'un des rares progrès et succès de l'article 40 de la Loi Sapin. Dans son avis du 19 avril 2005, le Conseil d'Etat poursuit la tâche entamée en 1999. Pour la haute juridiction « il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissement conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle ». Ainsi aucune prolongation, ayant pour objet de masquer un adossement, ne sera autorisée.

517. Selon le Conseil d'Etat la prolongation de la durée de la convention pour assurer la réalisation d'un nouvel équipement routier par la pratique de l'adossement demeure exceptionnelle⁶⁰⁷. Les investissements supplémentaires admis sont ceux qui

⁶⁰⁵ Ibid, spec. p. 232

⁶⁰⁶ Idem

⁶⁰⁷ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Paris, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, novembre 2008, p. 310

révèlent un caractère accessoire de l'ouvrage initial. Cet aspect accessoire sera mesuré en fonction des dimensions et des coûts limités des nouveaux ouvrages par comparaison à ceux de l'ouvrage initial ainsi que de leur absence d'autonomie fonctionnelle propre. Ainsi, pour qu'une passation d'une nouvelle convention ne soit requise, et par la suite pour qu'un simple avenant soit acceptable, les investissements accessoires doivent constituer une extension limitée de l'ouvrage et permettre d'en assurer une exploitation rationnelle et continue⁶⁰⁸.

518. Ainsi ces dispositions d'interdiction ne s'appliquent pas exclusivement sur les délégations autoroutières mais sur toute délégation sans exception. Dans son avis, le Conseil d'Etat donne l'exemple des remontées mécaniques et la jurisprudence administrative s'est pris la charge de présenter d'autres cas similaires. Dans ce sens, « *si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel* »⁶⁰⁹.

519. Pourtant si l'adossement est désormais strictement interdit sous prétexte d'une activité étrange à la délégation, l'idée d'une activité accessoire connaît dans la pratique une interprétation plus souple. En effet, il ne s'agit pas toujours des cas où la distinction entre la nature de l'activité initiale et l'activité accessoire est claire. Ainsi s'il est facile de considérer pour le cas d'un financement d'équipements sans lien avec le service public délégué que la réalisation par exemple d'équipements culturels et sportifs dans le cadre d'une délégation du service public de la distribution de l'eau⁶¹⁰ ne constitue pas une activité accessoire, la pratique présente des cas plus complexes. Ainsi il a été jugé que le délégant peut intégrer, dans une délégation de service public de casino, une clause imposant le financement, la construction et l'exploitation d'un établissement hôtelier sans méconnaître la règle selon laquelle « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* ». Cette pratique est à fortiori justifiée du fait que « *l'activité hôtelière permise par la délégation (...) présentait*

⁶⁰⁸ Idem

⁶⁰⁹ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, p. 199

⁶¹⁰ CE, 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, n° 156176, *Lebon* p. 355

*un caractère accessoire à l'activité de jeux »*⁶¹¹.

520. Dans une activité similaire, la cour administrative d'appel de Marseille considère dans sa décision rendue le 4 février 2013⁶¹², que la concession de plage pouvait, sans que soit remis en cause son objet de service public, confier au délégataire une activité de restauration collective « *contribuant à l'accueil de touristes dans la ville de Cannes et concourant ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique* », étant donné que cette activité est accessoire à l'objet de la délégation et n'est pas de nature à ôter à l'activité déléguée son caractère de service public.

521. Dès lors, les travaux supplémentaires demeurent autorisés tant qu'ils ne présentent qu'un « *caractère secondaire par rapport à l'activité principale faisant l'objet du contrat* »⁶¹³. Le non-respect de ce principe est susceptible d'entraîner la nullité du contrat.

522. D'ailleurs, les chambres régionales des comptes soulèvent dans leurs rapports certains points essentiels concernant l'accomplissement d'activités accessoires. Premièrement elles accordent une grande importance à la nature des activités en affirmant, à plusieurs reprises, qu'elle doit être une « *extension* » du service. Dans ce sens, si l'exploitation d'un centre thermoludique proposant des bains publics dans une station thermale peut être qualifiée de service public étant donné que « *l'égalité d'accès est garantie et [que] la tarification relève bien de l'autorité concédante* », l'instauration d'un sauna ou d'un hammam sera considérée comme une extension du service public des bains dans la mesure où ils sont exclusivement accessibles aux utilisateurs de ces derniers. En second lieu, les chambres incitent sur le fait que les collectivités publiques doivent prendre la mesure des conséquences financières de l'exercice d'activités accessoires. Ainsi, dans le cadre d'un avis rendu par la Chambre régionale des comptes de Bretagne⁶¹⁴ sur une délégation d'exploitation et d'adaptation d'un centre de traitement-

⁶¹¹ CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, AJDA 2012, p. 573

⁶¹² ECKERT Gabriel, Note sous CAA Marseille, 4 février 2013, n° 09MA03533, *Commune Cannes*, « quelques précisions sur l'objet et le régime des concessions de plage », *Contrats et Marchés publics*, avril 2013, comm. 112

⁶¹³ CAA Paris, 10 juillet 2003, n° 01PA02303, *Société Sogeres*

⁶¹⁴ CRC Bretagne, Avis n° 2011-01, du 31 août 2011, *SMICTOM des Chatelets*, p. 8-9

valorisation-transfert des déchets ménagers et assimilés, cette dernière souligne que délégataire dispose d'une capacité de traitement surdimensionnée par rapport aux besoins induits par les compétences statutaires du syndicat délégant. En effet cette grande capacité était la résultante de la prise en charge, par le délégataire, d'activités accessoires importantes. En l'espèce, de cette capacité le délégataire a créé douze emplois complémentaires que le syndicat est dans l'obligation de reprendre en cas de résiliation ou à l'expiration du contrat.

523. Cependant, cette interdiction constitue, quand même, l'un des redressements apportés à la loi Sapin qui mérite d'être suivi pour aboutir à une complète législation sur l'encadrement de la durée des DSP et leur prolongation.

B- La persistance pratique de l'ambiguïté de certaines notions

524. Une grande partie de la doctrine était persuadée que c'est l'ambiguïté et la généralité des termes de l'article 40 qui lui ont constitué un écran d'une fatale censure constitutionnelle et que le législateur en était conscient. Pourtant si l'ambiguïté entourant l'explication du terme « travaux » et l'application de la pratique « *d'adossement* » a été révélée, l'ambiguïté des motifs de la prolongation à savoir l'intérêt général (1), la bonne exécution du service public et l'extension du champ géographique de la délégation (2) est encore loin d'être dévoilée.

1- L'ambiguïté de l'intérêt général

525. La notion d'intérêt général n'est pas une donnée de l'évidence⁶¹⁵. Cette notion est connue depuis plus de deux cent ans dans la vie politique et juridique française, et cependant elle n'a jamais eu une définition ferme. La doctrine se bornait souvent à en constater l'existence sans partir plus loin. En effet, deux conceptions⁶¹⁶ de l'intérêt général s'affrontent. La première utilitariste, qui voit dans l'intérêt général la somme des intérêts particuliers représentés par les intérêts économiques, et l'autre volontariste qui

⁶¹⁵ LINOTTE Didier, ROMI Raphael, Services publics et droit public économique, éditions du Juris-Classeur, Litec, 5^{ème} édition, 2003, p. 47

⁶¹⁶ CE, Rapport public 1999, *Réflexions sur l'Intérêt général, Réflexions sur l'Intérêt général*, études et documents n° 50, La Documentation française, Paris, 1999, p. 245

représente la volonté générale de la société et dépasse de ce fait les intérêts particuliers. Dans ce dernier sens, une activité n'atteignait l'intérêt du service sauf si les autorités politiques l'estiment importante pour la société⁶¹⁷. Toutefois, quoique la jurisprudence administrative, qui a accompagné l'évolution de la notion, ait réussi à distinguer entre intérêt général, intérêt particulier et intérêt collectif en optant pour la filiation volontariste de la notion⁶¹⁸, elle n'a jamais défini clairement le terme d'intérêt général et s'est contenté de suivre l'évolution de cette notion dont le contenu est incontestablement mouvant. En effet, les exigences de l'intérêt général varient. Elles dépendent des circonstances de temps, de lieu, et des considérations politiques des autorités publiques⁶¹⁹.

526. Ce terme peut aussi bien concerner l'économie de l'Etat comme il concerne les besoins de l'ordre public. Selon le Conseil d'Etat « *il revient à la loi, expression de la volonté générale, de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'Etat, sous le contrôle du juge, édictent les normes réglementaires, prennent les décisions individuelles et gèrent les services publics* ».

527. Cette notion de base en matière de droit administratif est réapparue dans le cadre des DSP, spécifiquement dans la Loi Sapin, comme justificatif validant la prolongation de ces contrats à condition que cette dernière ne dépasse pas un an. Comme on a déjà montré, le juge administratif a essayé à plusieurs reprises de présenter la notion d'intérêt général d'une façon restrictive en la liant exclusivement à la nécessité de continuité du service public, cependant, personne ne peut démentir son caractère flou et fluctuant pour garantir la stabilité de la jurisprudence restrictive en la matière.

528. Dans des termes simples, l'intérêt général représente avant tout « *les besoins collectifs de la population à satisfaire* »⁶²⁰. En raison de sa souplesse, cette notion

⁶¹⁷ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, (dir.), *Traité de Droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p. 55

⁶¹⁸ CE, Rapport public 1999, *Réflexions sur l'Intérêt général, Réflexions sur l'Intérêt général*, op. cit., p. 245

⁶¹⁹ GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, (dir.), *Traité de Droit administratif*, op. cit., p. 55

⁶²⁰ LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULIAT Hélène, *Grands services publics*, ARMAND COLIN, Dalloz, 2^{ème} édition, Paris, 2000, p. 18

demeure indéfinissable, ce qui fait « *craindre qu'elle serve à légitimer toute prolongation. Il suffirait à l'exécutif de l'autorité délégante de déclarer que la prolongation est d'intérêt général pour que la condition soit remplie* »⁶²¹.

529. Les difficultés entourant la définition de cette notion délicate et évolutive élargissent indéfiniment son champ d'application. Face à cette difficulté, il serait nécessaire de bien motiver toute décision de prolongation prise en application de cette condition et de mettre en avant les éléments qui la justifient telle la qualité du service, la protection des usagers ou même la nécessaire continuité des prestations⁶²².

530. Ainsi, l'ambiguïté du texte fait peser sur le comble du juge administratif une obligation de vigilance pour veiller à ce que la prolongation ne poursuive pas un but autre que l'intérêt général et de sanctionner ainsi toute tentative de l'autorité délégante de commettre un détournement de procédure et de droit. « *Il faut cependant souligner que ce contrôle risque de s'avérer difficile en raison, d'une part, de l'imprécision de l'intérêt général et, d'autre part, des faibles moyens d'investigation du juge administratif* »⁶²³.

531. Cependant, ce qui est choquant, en la matière, est que la haute assemblée elle-même a réduit, dans la pratique, toute possibilité du juge administratif d'être exigeant dans la constatation de l'intérêt général au lieu d'élargir son champ de compétence. Ainsi, le Conseil d'Etat a obligé le juge administratif à valider la prolongation, une fois l'intérêt général constaté, sans y ajouter des conditions supplémentaires « *relatives notamment à l'impossibilité de prise en charge directe du service par la collectivité délégante* »⁶²⁴. En l'espèce, la question portée devant la haute assemblée était de savoir si la collectivité délégante est autorisée, sans illégalité, de prolonger à titre provisoire la délégation au candidat choisi, par la délibération suspendue, en vue d'assurer la continuité du service

⁶²¹ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 439

⁶²² BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public: notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, op. cit., p. 74

⁶²³ TREPPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, op. cit., p. 440

⁶²⁴ DELACOUR Éric, Note sous l'arrêt CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune Ramatuelle*, « Prolongation et intérêt général », *Contrats et Marchés publics* n° 9, Septembre 2005, comm. 222, p. 24, spec. p. 25

sans respecter la procédure prévue aux articles L. 1411 et suivants du code général des collectivités locales, et par la suite, quelles conditions seront exigées⁶²⁵. La cour d'appel avait admis la prolongation mais en lui ajoutant deux conditions : l'urgence et l'impossibilité de la prise en charge directe du service par la collectivité sous forme de régie. Ainsi dans cette décision, le Conseil d'Etat censura pour erreur de droit l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille dont la suivie aurait donné une définition très stricte du motif d'intérêt général. La haute assemblée resta fidèle à son ancienne position et refusa de faire porter son contrôle sur l'opportunité du choix de l'autorité délégante. Toutefois, le juge était devant une occasion exceptionnelle pour définir plus clairement les conditions de mise en œuvre de l'hypothèse de la prolongation pour motif d'intérêt général⁶²⁶, et pourtant il l'a manquée.

532. Aucune des juridictions de l'espèce n'ont présenté une justification de l'intérêt général. Ni la cours d'appel, ni le Conseil d'Etat n'ont défini les facteurs qui les ont servis pour constater la présence de l'intérêt général. Il est vrai que l'impossibilité de gérer le service sous forme de régie ne peut être le seul motif d'intérêt général, mais en l'espèce, et après constatation de ces deux juridictions que la collectivité n'était pas dans l'impossibilité de gérer directement le service, il est normal que l'on pose la question de savoir où s'incarne le motif d'intérêt général qui a conduit la collectivité à conclure une prolongation. Surtout que l'article 40 a) parle d'une prolongation d'un contrat existant et arrivant à son terme et non pas d'un cas où le contrat initial n'existe pas. Pourtant si la Cour de justice des Communautés européennes⁶²⁷ a rappelé dans un arrêt du 2 juin 2005, que le paragraphe 2 de l'article 20 de la directive 93/38, concernant la passation des conventions sans mise en concurrence préalable, ne pouvait jouer que dans des cas d'existence d'un évènement imprévisible, d'une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'évènement imprévisible et l'urgence impérieuse, « *il n'est pas sûr que ces conditions aient été*

⁶²⁵ DREYFUS Jean-David, Note sous CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune Ramatuelle*, « La continuité du service public, motif d'intérêt général justifiant à lui seul la prolongation d'une délégation de service public », *AJDA*, 2005, p. 1686, spec. p. 1687

⁶²⁶ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, op. cit., p. 148

⁶²⁷ CJCE, 2 juin 2005, *Commission des Communautés européennes c/ République hellénique*, C-394/02

remplies dans l'affaire de la plage de Pampelonne ⁶²⁸».

533. Dans un intéressant jugement rendu par le tribunal administratif de Montpellier le 4 juin 1997, *Clavijo c/ Commune de Beziers*, le juge administratif rejette la requête visant à annuler la délibération du conseil municipal prolongeant pour une année la délégation du service public d'organisation de spectacles taurins⁶²⁹. Selon le juge, les incertitudes concernant les modalités d'utilisation de l'ensemble immobilier nécessaire à ces spectacles, à la date de la décision, justifiaient la prolongation. À cette décision, s'ajoutent de nombreuses autres dans lesquelles le juge administratif admet la prolongation d'une délégation d'un an pour cause d'incertitude sur le mode de gestion qui sera adopté après la fin de la délégation en cours. Par ailleurs, si le motif d'intérêt général est révélé clairement en cas d'une annulation par le juge de la procédure de passation d'une nouvelle convention, il ne doit l'être pour d'autres raisons telle l'incapacité de la collectivité de mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence et ceci quelles que soient les raisons car la négligence ou l'imprudence de la collectivité ne doit être primée par une prolongation à l'encontre de l'intérêt du service. Sinon, quelles seront les raisons qui justifient que la collectivité locale se laisse jusqu'au dernier moment pour décider sur le mode de gestion du service public, jusqu'à lors, délégué ? La collectivité a le temps, tout au long de la délégation, pour se décider de l'étape suivante. L'arrivée du terme de la délégation constitue un fait prévisible, certain et calculé, ainsi la confusion et la perplexité ne seront justifiées.

534. D'ailleurs, certains auteurs voulaient que la prolongation pour motif d'intérêt général ne soit pas conditionnée, compte tenu de sa brièveté qui servira souvent à dépanner la collectivité qui rate la mise en place, à temps, d'une procédure de mise en concurrence. Selon ces auteurs, le contenu de l'intérêt général est extrêmement large et évaluable et ne peut être cerné. Nonobstant, d'autres auteurs voient dans cette brièveté, le temps nécessaire d'un abus remarquable ce qui sollicite une définition et un contrôle stricte de la notion donc. Selon ces auteurs, ce sont ces derniers mois de la délégation qui

⁶²⁸ DREYFUS Jean-David, Note sous CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune Ramatuelle*, « La continuité du service public, motif d'intérêt général justifiant à lui seul la prolongation d'une délégation de service public », op. cit., spec. p. 1688

⁶²⁹ DELACOUR Éric, ANTOINE Julien, DAVIGNON Jean-François, RIBOT Catherine, *La loi sapin et les délégations de service public, 10 ans d'application jurisprudentielle*, Litec, Paris, 2003, p. 384

sont les plus rentables étant donné que le délégataire aurait normalement amorti, au terme initial du contrat, la totalité de ses équipements et n'aurait aucune dépense supplémentaire à verser pendant ces mois.

535. En revenant, enfin, à la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993, on conçoit que l'ambiguïté était voulue. Le Conseil considère que : « *le législateur a explicitement prévu que, pour des motifs d'intérêt général qui tiennent notamment à la continuité des services publics, des prolongations de conventions pouvaient être consenties dans la limite de la durée d'une année* ». Le terme « *notamment* » montre clairement que la continuité du service ne serait point le seul motif justifiant la prolongation sous le a) de l'article 40, elle serait bien-sûr la raison la plus repérée mais pas la seule, sinon le Conseil Constitutionnel aurait employé le terme « *exclusivement* » ou tout autre terme qui va dans le même sens. Ainsi qui peut divulguer les autres figures des motifs d'intérêt général ? Est-ce l'autorité, en fonction de l'évolution des DSP ? Et quelle serait l'étendue du contrôle du juge administratif ? Doit-il exercer un contrôle limité ou un contrôle d'opportunité ? Rien n'interdit qu'une disposition de la loi ne soit large, à condition de préciser la partie compétente pour sa détermination. La libre administration veut sûrement que cette compétence reste le privilège de l'Administration, mais la transparence exige que cette interprétation soit bien contrôlée par le juge administratif.

2- L'ambiguïté des expressions « *la bonne exécution du service public* » et « *l'extension du champ géographique de la délégation* »

536. Sur le b) de l'article 40, le législateur visait à soumettre la prolongation de la durée d'une délégation de service public au-delà d'un an à trois conditions. Premièrement que les nouveaux investissements soient demandés par le délégant, deuxièmement, que ces investissements soient indispensables à la bonne exécution du service public ou à son extension géographique, et finalement, qu'ils soient dans l'impossibilité d'être amortis pendant le temps restant de la convention sans augmentation de prix manifestement excessive.

Il est évident que cette disposition englobait plusieurs termes généraux comme « *la bonne exécution du service public* » et « *l'extension géographique* » qui nécessitaient une clarification pour encadrer leur domaine d'application. Evidemment, cette clarification n'était survenue ni du législateur, ni du Conseil Constitutionnel.

537. Si le fait que les investissements sont demandés par l'autorité délégante constitue une garantie à la personne publique que le délégataire n'accomplit, de sa seule initiative, un investissement supplémentaire dans le seul but de prolonger le contrat, il ne constitue pas une garantie au service public que les deux parties du contrat ne se soient pas mis d'accord sur un investissement non urgent en lui-même dans le seul but de pouvoir prolonger la délégation pour répondre à des intérêts communs loin de l'intérêt général du service. Cependant cette première condition est facilement vérifiée et ne constitue pas en principe un problème sauf en présence d'une mauvaise intention du délégant que le juge ne peut facilement détecter.

538. Néanmoins, les motifs de la deuxième condition du b) représentent la réelle épreuve à laquelle est soumis le juge administratif. Ce dernier est invité à définir clairement les termes ambigus en conciliant entre la liberté de l'administration et les besoins du service.

539. Aussi ambiguë que la notion de « *l'intérêt général* », la notion de « *la bonne exécution du service public* » nécessite une interprétation stricte élucidant les justificatifs qui mènent à une prolongation sous ce prétexte. L'on ne peut attendre évidemment du juge une énumération de ces justificatifs mais on a droit à une parfaite argumentation validant, à chaque cas d'espèce, la présence de ces justificatifs. En effet, la condition relative à la bonne exécution du service public implique généralement que les investissements doivent être justifiés par le fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention⁶³⁰. Ainsi, il a été jugé que la réalisation de nouveaux équipements ayant, en raison de leur nature et de leur montant, pour effet un bouleversement de l'équilibre économique du contrat ne peut constituer un motif de bonne exécution même si ces nouvelles installations sont

⁶³⁰ NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », art. prec., spec. p. 1444

importantes et inhérentes pour le service et les usagers⁶³¹. Cependant, dans certains cas les décisions du juge peuvent paraître contradictoires : alors qu'il considère dans certains cas d'espèces que l'objectif de baisse tarifaire ne relève pas de la bonne exécution du service public⁶³², et que l'investissement supplémentaire s'il n'a qu'une finalité purement économique, il ne pourrait justifier la prolongation⁶³³, il considère dans d'autres cas, que la prolongation d'un contrat pour raison de réalisation des équipements permettant la réduction des tarifs facturés aux usagers, traduit un justificatif de bonne exécution du service⁶³⁴. Cependant, s'il s'avère que les juridictions administratives censurent dans la majorité des cas l'avenant portant prolongation de la convention de délégation de service public, elles contribuent ainsi à limiter « *le risque de détournement de procédure et par voie de conséquence, elles contribuent à renforcer la transparence et la mise en concurrence dans la passation de ces conventions* »⁶³⁵. Mais, la jurisprudence ne semble pas être stable sur ce point.

De même, On aurait aimé savoir si l'amélioration de la qualité des prestations servies aux usagers peut entrer dans le champ d'une bonne exécution du service, ou si cette notion ne peut englober que l'augmentation quantitative du nombre d'usagers⁶³⁶.

540. Sur la notion d'extension géographique, la prohibition de la pratique de l'adossement constituait la première étape dans la détermination de cette notion. En effet, une question parlementaire posée à l'Assemblée nationale concernant en particulier les parkings de stationnements a permis d'avoir certains éclaircissements sur ce sujet. Elle s'intéressait notamment aux modalités d'application de l'exception au principe de non-prorogation des conventions de DSP et si « *l'extension géographique* » s'applique à

⁶³¹ TA Grenoble, 25 février 2000, *Préfet Haute-Savoie c/ Commune Chamonix-Mont-Blanc*, n° 99-2955, *BJCP*, n° 12, septembre 2000, p. 337

⁶³² DREYFUS Jean-David, Note sous CE 29 décembre 2004, *Société de chauffe, de combustibles, de réparations et d'appareillages mécaniques*, n° 239681, *AJDA* 2005, p. 607.

⁶³³ MAUGUE, Christine, Note sous TA Melun, 7 juillet 1999, *préfet du Val-de-Marne et autres c/ Commune de Fontenay-sous-Bois*, *B.J.D.C.P.* 2000, n° 8, p. 71.

⁶³⁴ DELACOUR Éric, ANTOINE Julien, DAVIGNON Jean-François, RIBOT Catherine, *La loi Sapin et les délégations de service public, 10 ans d'application jurisprudentielle*, op. cit., p. 384

⁶³⁵ DEL PRETE Didier, *L'avenant dans les contrats administratif*, Thèse, Aix-en-Provence, 6 décembre 2002, p. 363

⁶³⁶ AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frédéric, VIDAL Laurent, *Economie et droit du contrat administratif, L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, op. cit., p. 267

l'agrandissement d'un parking ou à la possibilité de construction d'un nouveau parking à la proximité d'un autre en raison de sa saturation pour le soulager, ou aussi à la réalisation d'un nouveau parking dans la ville pour participer à l'amélioration du service de stationnement.

Quoique choquante, la réponse du ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire clarifie l'intention du législateur. Il explique que cette disposition vise en particulier « *les cas d'exploitation en réseau dont l'aire géographique serait substantiellement modifiée* »⁶³⁷ et affirme que le législateur en rédigeant cet article, avait dans l'esprit « *les sociétés concessionnaires d'autoroutes à qui l'Etat demande d'ouvrir des sections autoroutières nouvelles non prévues au contrat de concession initial* ». D'après lui, il peut paraître excessif de considérer que l'agrandissement d'un parking existant puisse constituer une « *extension du champ géographique* » de la délégation existante. Pourtant cette réponse suscite certaines interrogations sur la restriction de l'interprétation du ministre surtout que le juge a adopté une interprétation plus souple de cette notion. Cependant, concernant l'hypothèse de la création d'un nouveau parking, qu'il soit ou non à proximité d'un parking existant, le ministre considère qu'il s'agit tout simplement de la mise en place d'un nouveau service public, qui doit faire l'objet des procédures prévues par la loi du 29 janvier 1993. Mais cette réponse n'est pas trop convaincante parce qu'elle est contradictoire en justifiant la prolongation pour un secteur de DSP sans les autres alors que le législateur n'a rien dit. Bien que la restriction soit demandée pour faciliter le contrôle, cette restriction doit être égale et juste pour tous les services publics, car la nécessité d'une extension géographique peut aussi bien intéresser une délégation d'autoroute qu'une délégation de distribution d'électricité par exemple. Il serait mieux que la restriction s'intéresse aux dimensions de cette extension qu'à son champ d'application.

541. Sur ce point, le juge administratif a rendu diverses décisions qui divergent de la réponse du ministre et s'intéressent ainsi à divers domaines de service public mais sans pour autant divulguer la réalité de la contrainte justifiant ou interdisant la prolongation. Ainsi lors d'une prolongation d'une délégation de gestion d'un service

⁶³⁷ RM, n° 1672, *JOAN Q*, débats parlementaires, 2 août 1993, p. 2352

public de chauffage collectif urbain la cour administrative d'appel de Paris estimait que les contraintes administratives sur lesquelles s'est fondée la commune de Fontenay-sous-Bois pour la prolongation d'un contrat d'affermage pour 12 ans, quelques mois avant l'expiration du contrat initial, sont inopérantes. Dans sa décision du 29 décembre 2004, le Conseil d'Etat considéra que « *la cour n'a pas commis d'erreur de droit en se fondant sur l'absence de contrainte justifiant la création de l'unité de cogénération au regard des exigences propres au service public de chauffage urbain pour juger la prolongation de la délégation de service public prévue par l'avenant n° 7 contraire aux dispositions précitées de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales* »⁶³⁸.

542. Concernant la condition de la modification de l'économie générale de la délégation, on a dû attendre l'an 2005 pour connaître l'avis de la haute juridiction. Le Conseil d'Etat estime que cette condition est remplie en cas « *d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* »⁶³⁹. La modification ne doit absolument pas être analysée comme un bouleversement matérialisant un nouveau contrat. Cependant la frontière entre la modification et le bouleversement reste incertaine⁶⁴⁰.

543. Quoique par l'article 40 de la Loi Sapin, le législateur veuille limiter la durée contractuelle et restreindre toute possibilité de sa prolongation, la rédaction du b) du deuxième alinéa n'a pas prémuni le service public de cas de détournement. Ainsi l'enquête des chambres régionales des comptes⁶⁴¹ a relevé des cas d'application extensive de ces dispositions. En effet les exemples sont nombreuses surtout dans le domaine de l'eau et des assainissements on cite à titre non exhaustif (et on y reviendra un peu plus loin) le contrat d'affermage de vingt-cinq ans entre la commune de JARNY et son

⁶³⁸ CE, du 29 décembre 2004, n° 239681, *Société Soccrum, Droit administratif*, n° 3, mars 2005, comm. n° 35, p. 22 spec. p. 23

⁶³⁹ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 199

⁶⁴⁰ Exemple d'avenant bouleversant l'économie des contrats, CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Communauté d'agglomération de Fréjus Saint-Raphaël*, req. n° 03MA00679 ; exemple de prolongation légale, CAA Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, req. n° 99LY00655

⁶⁴¹ Cour des comptes, « la gestion des services publics locaux d'eau d'assainissement », rapport public particulier, janvier 1997, les éditions du JO, p. 107

déléataire a été prolongé pour une durée totale de quarante-sept ans sur le fondement du b) de l'article 40 par un avenant qui confie au déléataire la réalisation d'une station de pompage et de traitement des eaux subventionnée à 70% par la collectivité. Ainsi les vingt-deux ans supplémentaires constituent une contrepartie des 30 % de charges supportées par le déléataire.

544. Tant que les termes de l'article 40 demeurent ambigus et tant que le juge administratif ne prend pas l'initiative de les déterminer strictement et d'établir les règles selon lesquelles il serait connu pour tout le monde les critères justifiant la prolongation, les cas d'abus persisteront et le principe d'encadrement perd son sens. Et dans ce cadre, le contrôle du juge administratif était, dans l'ensemble, décevant et ne présentait pas une réelle contribution au principe de fixation de la durée contractuelle.

Paragraphe 2 : La défaillance du juge administratif dans la contribution à la fixation

545. Durant les années 90, le juge administratif était accusé d'un retard par rapport à l'abondance des textes et de la doctrine relatifs à la délégation de service public et donc d'un faible apport de la jurisprudence administrative à la construction et l'évolution de la notion⁶⁴². Pourtant cette situation distanciée du juge n'a pas duré pour longtemps, et ce dernier s'est vu participer à des degrés variantes dans la construction et l'interprétation des procédures d'octroi d'une DSP et son contrôle.

546. Après avoir été figé pour longtemps au contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge administratif marque dans les années 2000 un avancement solide (A) vers un contrôle plus large sur les conventions de DSP. Pourtant cette évolution était qualifiée de discontinuité et caractérisée par des pas en avant et des pas en arrière. Et juste au moment où la doctrine attendait du juge un franchissement des barrières et des limites du contrôle de la durée, ce dernier marque un retour décevant et injustifié en arrière (B).

⁶⁴² MAUGÜÉ Christine, « les délégations de service public et le juge administratif », *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 597

A- Un avancement solide du contrôle du juge administratif

547. Bien avant la Loi Sapin, le juge administratif exerçait au niveau de la durée des DSP un contrôle restreint se bornant à l'erreur manifeste d'appréciation. Pendant les premières années de la promulgation de la loi, le juge administratif ne manifestait pas une intention de sortir de ce contrôle restreint et de partir sur un autre type de contrôle (1). Pourtant, le fil de la jurisprudence dans les années qui les ont suivies, montra que le juge était, à chaque cas d'espèce, sur le point de dépasser ce rôle limité, c'est pourquoi l'élargissement impressionnant de ce contrôle dans les années 2000 était encouragé et attendu (2)

1- Un office initialement limité au contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation

548. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation consiste pour la juridiction administrative à se limiter, dans son contrôle sur une décision prise par l'Administration en application de son droit d'appréciation de l'opportunité, à vérifier s'il n'y a pas une disproportion excessive, ou déraisonnable entre cette décision et les faits qui l'ont provoquée⁶⁴³. Il revient au juge donc de vérifier la cohérence entre la durée de la convention, l'objet et les conditions de l'exécution. Mais pourtant il n'a la compétence de sanctionner la décision de l'Administration que lorsqu'une vraie divergence, manifeste, apparait entre cette décision et les éléments qui la soutiennent.

Le juge exerçait ce contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée des conventions de délégation de service public bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993. Avec la venue de cette loi, il était attendu ou plutôt espéré que le juge administratif se libère de ce contrôle, mais le juge semblait rester fidèle à ces anciennes jurisprudences. Il semble être difficile pour le juge de fixer des critères généraux et précis pour identifier une appréciation manifestement erronée⁶⁴⁴.

549. Nombreuses sont les décisions dans lesquelles le juge administratif se

⁶⁴³ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, op. cit., p. 303

⁶⁴⁴ DEL PRETE Didier, *L'avenant dans les contrats administratif*, op. cit., p. 351

trouve attaché à son contrôle restreint sous prétexte que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 20 janvier 1993, en indiquant que la durée de la concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement des installations, avait l'intention de laisser une marge d'appréciation suffisante aux collectivités délégantes pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce. Ainsi, si le Conseil constitutionnel a tenu à faire prévaloir une interprétation souple des dispositions de l'article 40 de la loi Sapin, imposant seulement aux collectivités délégantes de ne pas conclure des conventions de délégation dont la durée ne serait pas limitée, le juge administratif devrait respecter sa volonté.

550. Sa première décision sur ce sujet, après la promulgation de la Loi Sapin, était *Compagnie générale des eaux* du 23 juillet 1993⁶⁴⁵. En l'espèce, le requérant soutenait que la durée de vingt ans était manifestement trop longue pour ce contrat d'affermage et portait atteinte aux circulaires du ministre de l'intérieur recommandant une durée de douze ans pour de tels contrats. Moyen jugé, sans erreur, irrecevable, étant donné que les durées invoquées dans ces circulaires ne sont données qu'à titre indicatif et n'ont aucun caractère obligatoire. Pourtant, quoique cette décision fût fondée sur des arguments juridiques, elle était décevante ou au moins timide⁶⁴⁶ au niveau du contrôle surtout qu'elle est sortie dans un temps où tous les observateurs attendaient une déviation marquante de l'ancienne jurisprudence. Mais peut être la situation était encore prématurée pour une telle décision.

Dans ses conclusions sur le jugement du Tribunal administratif de Lille *Préfet du Nord*, le commissaire du gouvernement Françoise BOULAY souligne l'imprécision de l'article 40 qui « *ne permet guère d'apprécier de manière mathématique la durée au-delà de laquelle une erreur manifeste d'appréciation est révélée* »⁶⁴⁷. Selon elle, les juridictions administratives, se prononcent en raison de considérations techniques et financières propres à chaque type de délégation.

⁶⁴⁵ CE, 23 juillet 1993, n° 138504, *Compagnie générale des eaux*, Rec. 1993, p. 225

⁶⁴⁶ TERNEYRE Philippe, Note sous CE, 23 Juillet 1993, *Compagnie Générale des Eaux*, « le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions du Conseil d'Etat », *RFDA*, 1994, p. 252

⁶⁴⁷ BOULAY Françoise, Conclusions sur TA Lille, 23 février 1995, *Préfet Nord*, « La notion de délégataire pressenti avant la date de publication de la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA* 1996, p. 423, spec. p. 426

551. En effet, le fil de la jurisprudence s'est poursuivi dans la même direction dans laquelle le juge faisait preuve, à chaque cas d'espèce, de sa conviction de son rôle limité. Est, par exemple, entachée d'erreur manifeste d'appréciation, la délibération fixant à trente ans la durée d'une convention d'exploitation d'un parc de stationnement, alors que le délégataire n'a aucun investissement à réaliser et donc aucune installation à amortir⁶⁴⁸. De même, une durée ne peut être vue comme limitée même si elle est fixée dans le contrat à 30 ans, s'il était prévu qu'elle ne commence à courir qu'après la mise en exploitation d'ouvrages pour lesquels la durée des travaux n'est pas fixée⁶⁴⁹.

552. Cette position du juge administratif n'a pas connu de nuance, ni manifesté une intention de changement vers un contrôle normal ou même plus large. Au contraire, certains rapporteurs publics encourageaient ces juridictions à garder cette position distanciée pour conserver à la collectivité sa marge de liberté. Pourtant, Le juge administratif a confirmé, sans le dire, et à plusieurs reprises, que la non proportionnalité entre la durée de la concession et les prestations demandées constitue une erreur manifeste d'appréciation et doit de ce fait être censurée.

Dans sa décision du 29 mai 2000⁶⁵⁰, la cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement du tribunal administratif de Limoges qui a annulé les conventions de délégations et la délibération du conseil municipal du 17 décembre 1992 autorisant le maire à les signer. En l'espèce, le juge d'appel a vérifié « *que l'investissement à réaliser, confié à la société, se limitait à l'amélioration de la qualité de l'accueil des usagers, le renouvellement du matériel de péage, la fourniture et la mise en place des appareils de comptage sur la voie publique, ainsi que la signalisation du stationnement payant ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des termes mêmes de la délibération du 17 décembre 1992, que les redevances capitalisées devant être versées à la ville constituaient seulement la rémunération d'un droit d'usage consenti à la société exploitante, et non la prise en charge par cette dernière d'une partie des annuités d'emprunts supportées par la collectivité pour le financement des installations existantes ; que, dans ces conditions, eu égard aux prestations demandées au délégataire et à la*

⁶⁴⁸ Ibid, p. 423

⁶⁴⁹ CAA Bordeaux, 15 novembre 1999, n° 97BX02131, *MM. Savary et Teisseire*, *AJDA* 2000 p. 271

⁶⁵⁰ CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, *Société auxiliaire de parcs*, *AJDA*, 2000, p. 956

circonstance qu'il n'était mis à sa charge qu'un investissement à réaliser peu important pouvant être rapidement amorti, la durée de trente ans stipulée par les conventions précitées était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation »⁶⁵¹.

De même, dans sa décision, *Préfet de Haute-Savoie*, le juge administratif prend l'erreur manifeste comme référence pour juger le degré du vice dans lequel le choix de la durée est trompé. Dans cette décision le rapporteur public se contente de révéler que « *en l'espèce, la durée de douze ans ne nous semble pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation d'autant que la commune produit une étude économique qui montre que l'équilibre économique du fermier ne serait probablement atteint qu'entre la dixième et la douzième année* »⁶⁵² et que c'est juste parce que « *le préfet, qui a normalement la charge de la preuve, ne conteste pas cette étude* » qu'il faut rejeter ce moyen sans avoir à vérifier cette étude.

553. Cependant, si le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation était suffisant à la juridiction administrative pour pouvoir contrôler des cas d'abus aussi flagrants, d'autres cas d'abus sont plus complexes et dissimulés et nécessitent pour leur extraction un contrôle plus approprié.

Dans l'arrêt *Feidt* le tribunal administratif de Nancy⁶⁵³ a jugé qu'est légale la concession dont la durée est de quarante ans pour un parc de stationnement souterrain et de vingt ans pour celui de surface, compte tenu des importants investissements à la charge du délégataire. Ainsi le juge administratif s'est contenté d'examiner la compatibilité entre les sommes investies, les frais d'exploitation et la durée du contrat.

554. Dans toutes ces décisions et dans beaucoup d'autres, le contrôle du juge était insuffisant et doit chercher des nouvelles voies d'amplification. Si les différentes techniques contractuelles de choix de la durée d'une DSP, autorisées par la Loi Sapin, laissent aux collectivités publiques une large marge de liberté en raison de la souplesse qui leur permet de calculer la durée en fonction de la diversité des situations rencontrées,

⁶⁵¹ *Idem*

⁶⁵² JAYET Jean-Daniel, Conclusions sur TA Grenoble, 8 novembre 2002, *Préfet de Haute-Savoie*, *BJCP* n° 27, 2003, p. 146, spec. p. 147

⁶⁵³ TA Nancy, 25 janvier 2000, *Feidt*, *Droit administratif*, n° 82, p. 15

une marge d'appréciation doit être aussi laissée au juge, en tant que contrepartie à la liberté administrative qui peut mener à des divers cas d'abus. Ainsi la large marge d'appréciation de l'Administration doit être équilibrée par une certaine marge de contrôle équivalent du juge. Or le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'assure certainement pas cette équation.

2- Un élargissement impressionnant et attendu du contrôle

555. Avec l'arrêt *Tropic*⁶⁵⁴, le Conseil d'Etat ouvra la voie vers une modernisation du contentieux des contrats administratifs en accordant au juge, désormais, un important pouvoir d'appréciation lui permettant de déterminer la sanction qui lui paraît la plus adéquate, au regard des divers intérêts en présence, en cas d'illégalité affectant le contrat ou l'ensemble des actes qui ont conduit à sa conclusion⁶⁵⁵.

556. Ce pouvoir d'appréciation n'est d'ailleurs pas propre au juge du contrat puisqu'il a également été reconnu au juge de l'exécution, qui est aussi un juge de plein contentieux, lorsqu'il est saisi après annulation d'un acte détachable. Ce dernier aurait trois possibilités⁶⁵⁶. Il peut bien décider la poursuite de l'exécution du contrat après avoir réglé le vice qui l'entache. Il peut aussi ordonner la personne publique à résilier le contrat avec un effet différé, éventuellement après avoir vérifié que sa décision ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Il aurait la possibilité finalement d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles, en cas où l'illégalité est d'une particulière gravité, ou bien à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat.

557. À partir de la jurisprudence *Ministre de l'Intérieur* du 23 décembre 2011, la nullité du contrat ne s'imposait plus d'office à chaque fois qu'une irrégularité entachait le contrat, ou les conditions dans lesquelles il avait été conclu. Il appartenait au juge de

⁶⁵⁴ CASAS Didier, Conclusions sur CE, 16 juillet 2007, n° 291545, *Tropic*, Rec. CE 2007, p. 360

⁶⁵⁵ BRENET François, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole et Société Véolia eau*, « Détermination de la durée des délégations de service public et sanction du défaut d'information des conseillers communautaires dans le cadre d'un déferé préfectoral », *RJEP*, n 704, janvier 2013, comm. 2

⁶⁵⁶ PIETRI Jean-Paul, Note sous CE, 21 février 2011, n° 337349, *Société Ophrys, Contrats-Marchés publics*, avril 2011, comm. 123, p. 36.

plein contentieux de rechercher si, compte tenu de l'irrégularité constatée, la poursuite de l'exécution du contrat était possible ou si des mesures autres que l'annulation devaient être prononcées. À partir de cette décision le juge administratif a élargi sa marge de manœuvre.

558. En domaine des DSP précisément, les années 2008 et 2009 ont marqué un grand changement de position du juge administratif concernant son contrôle sur le choix de l'offre, l'évaluation du degré du vice de légalité et le contrôle de la proportionnalité de la durée en fonction des prestations demandées. Ainsi, comme on a vu précédemment, le juge administratif a successivement élargi son contrôle en matière de choix du type d'amortissement adopté pour le calcul de la durée et des précisions sur le point de départ de ce calcul. À part les fameuses décisions *Société Maison Comba* et *Commune de Chartres* déjà étudiées, le Conseil d'Etat a profité de plusieurs occasions pour réitérer son droit de contrôler les techniques d'amortissements adoptées et surpasser de ce fait les limites du contrôle restreint. Ainsi dans sa décision *Société Sogeparc France* le Conseil d'Etat vient mettre fin à la technique de l'amortissement de caducité en raison du déséquilibre financier que peut créer dans le contrat en plus de son caractère aléatoire. Alors que les déductions opérées au titre des amortissements techniques et financiers sont, en principe, de caractère définitif, les déductions opérées au titre des amortissements de caducité sont supérieures au montant de l'investissement. « *Il serait donc fâcheux que, dans le doute, l'entreprise déduise des amortissements de caducité sur la durée du contrat (en déduisant par exemple un trentième du coût total de réalisation du bien immobilisé pendant les trente années de la concession), pour finalement recevoir une indemnité en fin de contrat (...)* En un mot, l'indemnité finalement versée par le concédant vient bouleverser l'équilibre comptable et fiscal que l'amortissement de caducité avait permis de réaliser »⁶⁵⁷. En l'espèce, le juge de cassation marque son contrôle du choix de la modalité d'amortissement qui doit être pratiqué par la collectivité publique dans de telle délégation. Le Conseil d'État, en assimilant la situation d'incertitude partielle qui était celle de la société Sogeparc à celle dans laquelle le contrat prévoit expressément la remise du bien contre une indemnité, a estimé que seuls les

⁶⁵⁷ COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *prec.*, *spec.* p. 5

amortissements de droit commun, c'est-à-dire les amortissements techniques, peuvent être adoptés. Ainsi la liberté de la collectivité publique se trouve limitée dans le choix du mode d'amortissement des biens.

559. Dans une décision rendue un an plus tard⁶⁵⁸ le Conseil d'Etat réaffirme son droit de contrôle sur la modalité de l'amortissement choisi dans la délégation. Il estime que quoique ce régime d'amortissement de caducité soit conçu pour les délégations de type de concession, il peut dorénavant bénéficier aux autres formes de délégations de service public, dès lors qu'elles impliquent certains investissements de la part du délégataire. Ainsi, la nature du contrat ne s'oppose pas, en soi, à ce que le fermier constitue des amortissements de caducité, de la même manière qu'un concessionnaire à condition que ces investissements soient effectivement financés par le délégataire et que ces dépenses donnent lieu à immobilisation. En contrôlant le choix de l'amortissement, le juge administratif a élargi le champ d'application du régime d'amortissement de caducité et a élargi son terrain d'investigation puisqu'il ne s'est pas contenté de vérifier la présence d'une erreur de droit, mais il a accepté en l'espèce de contrôler pleinement la manière dont les juges de fond ont qualifié certains faits au regard des clauses du contrat. Ce défi pris dans le domaine fonctionnel du Conseil d'Etat peut être interprété à fortiori dans le contrôle automatique de certaines clauses substantielles du contrat telle la durée.

560. Dans un sens général, la jurisprudence avait finalement eu, durant ces dernières années, l'occasion de repérer le rôle qu'occupe le juge dans le contrôle de la fixation de la durée contractuelle, que ce soit concernant la phase de sa détermination⁶⁵⁹ ou même les modalités de son calcul ainsi que son point de départ. Les exemples présentés ont participé à établir une hypothèse de fin du contrôle restreint que connaissait le juge administratif sur les délégations de service public depuis des décennies. Ainsi, suivre la ligne de la jurisprudence des dernières années conduisait éventuellement à

⁶⁵⁸ COLLET Martin, Note sous CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaine Lucien barrière*, « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public », *RJEP* avril 2009, p. 13

⁶⁵⁹ DIEU Frédéric, Note sous CE, 15 déc. 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, et CE, 4 févr. 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, « De la durée fixée à la durée négociée - L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 18, 27 Avril 2009, 2102, p. 27

penser que le contrôle restreint appartenait désormais à une époque dépassée, et l'on se demandait par suite sur l'étape suivante et la position qu'occuperait le juge dans les jours à venir.

B- Un retour en arrière décevant

561. Cependant, et au moment où on l'attendait moins, le juge administratif fait un pas en arrière. Sa contribution au régime juridique de DSP semble s'arrêter à ce stade en attendant un changement dans les législations ou un changement doctrinal leur permettant de poursuivre la modernisation de ce système surtout au niveau de la durée contractuelle.

562. La décision *Maison Société Comba* constitue l'une des décisions décevante. Il ne s'agit pas, bien entendu, des nouveaux repères qui y sont posés mais de la stagnation au niveau du contrôle de la durée des délégations. Alors que le juge administratif, dans la série des décisions rendues entre 2008 et 2009, s'est mis à apprécier concrètement la différence entre l'amortissement comptable et l'amortissement de caducité, et à censurer l'Administration pour avoir admis l'une sans l'autre, il décida, en l'espèce qu'il n'est pas compétent pour vérifier les justifications de la durée de la convention de DSP. En effet, c'est en suivant les conclusions de son rapporteur public que le Conseil d'État considéra que la cour administrative « n'avait pas à vérifier que la convention de délégation contenait elle-même les justificatifs de sa durée ». Et par la suite, il rejeta le moyen de la Société Maison Comba qui alléguait que si la personne publique est dans l'obligation de détailler, en vertu de l'article L. 1411-2 du CGCT, les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances qui lui sont versées par le délégataire pour éviter que la personne publique et/ou les usagers n'assument des charges et des frais étranges de l'objet du service public, elle est donc, en vertu du même article, dans l'obligation d'insérer dans le contrat les justificatifs de la durée. La question des modalités de calcul de la durée contractuelle devrait être traitée de la même manière que les redevances et les droits d'entrée en raison du rapport étroit existant entre ces modalités et les aspects financiers justifiés. « *Ce moyen était certes osé, mais son intérêt*

était avéré »⁶⁶⁰. En effet même si l'article L. 1411-2 du CGCT n'indique pas littéralement une telle obligation, celle-ci paraît intéressante du moment où le Conseil d'État adoptera l'idée que la durée contractuelle serait définie en tenant compte de l'équilibre économique général de la convention. Prendre en compte ces moyens aurait évidemment consacré un renforcement du contrôle du juge.

563. C'était, en effet, le moment le plus convenable, le plus juste pour un tel engagement de la part du juge administratif, et pourtant ce dernier n'était pas encore prêt à aller plus loin. Dans ses Conclusions sur l'arrêt *Société Maison Comba*, le rapporteur public, M. Bertrand Dacosta, estima que « *la Cour a, à juste titre, opéré un contrôle restreint : même si vous aviez fait ce choix à une époque où il n'existait pas d'encadrement législatif de la durée des conventions, par votre décision Compagnie Générale des Eaux de 1993, les termes de la loi « Sapin » et l'interprétation qu'en a donnée le Conseil constitutionnel militent pour ce type de contrôle juridictionnel* »⁶⁶¹.

564. Ces conclusions avancées par M. DACOSTA ne peuvent être que critiquables. Il a considéré que si la loi de 1993 contraint les collectivités à justifier dans leurs conventions les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire, elle reste, en revanche, silencieuse quant à la justification de la durée de la délégation. En se basant sur ce silence, il serait inadmissible, selon lui, d'exiger « *que les conventions fassent la preuve de leur propre régularité sur ce point* ».

En concluant ainsi, le rapporteur public nia au Conseil d'État ses triomphes qui n'ont jamais été exceptionnels ou occasionnels. C'est le même conseil qui a réussi, peu de temps avant cette décision, à interpréter « *avec audace l'intention du législateur et [à transformer] en compétences partiellement liées des pouvoirs juridiques que la règle de droit [...] n'avait enserrés dans aucune limite* »⁶⁶². Alors pourquoi le brider à l'heure où il

⁶⁶⁰ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, prec., spec. p. 16

⁶⁶¹ DACOSTA Bertrand, Conclusions sur CE, 11 août 2009, n° 303517, *Sté Maison Comba*, BJCP 2009, p. 470, spec. p. 472

⁶⁶² MOREAU Jacques, *Droit administratif*, in SUBRA DE BIEUSSES Pierre, Note sous l'arrêt CE 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba c/ société des crematoriums de France, Commune d'Aix-en-Provence*, « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », AJDA 2010, p. 954,

pouvait rendre un grand service à la théorie de la détermination des durées contractuelles. Ce Conseil n'a point hésité à étendre l'application de la Loi Sapin sur les contrats qui lui sont antérieurs malgré le silence de celle-ci en se basant sur un « *motif d'ordre public* » suffisamment impérieux qui est celui de la limitation de la durée.

565. En outre, la solution adoptée par le Conseil d'Etat était non seulement imprécise et choquante mais aussi moins rassurante, car « *si la durée doit être appréciée au regard de l'économie du contrat et si les aspects financiers doivent être justifiés dans l'accord contractuel, il aurait été plus rassurant de savoir que le juge administratif impose une justification des modalités de calcul, en tout cas de détermination, de la durée du contrat* »⁶⁶³. Ce raisonnement, comme le souligne M. VILA dans sa note sous cette décision, était contradictoire car d'une part le juge administratif se permet d'interpréter les dispositions de la loi pour écarter une utilisation restrictive de l'amortissement et d'autre part il s'abstient de procéder au même exercice pour exiger une justification de la durée⁶⁶⁴. Il ne fait aucun doute que le juge administratif aurait eu intérêt à solliciter plus de précision et de transparence dans la détermination de la durée, « *non seulement pour renforcer la sécurité juridique du rapport contractuel entre les parties, mais aussi pour assurer l'effectivité d'une mise en concurrence entre les candidats et éviter la conclusion de contrats déséquilibrés* »⁶⁶⁵.

566. Cette décision est également décevante parce qu'elle est intervenue aussi à la suite de deux jurisprudences dans lesquelles le juge administratif avait pris à sa charge, sans hésitation, la détermination de la place de l'amortissement dans le régime des délégations de service public⁶⁶⁶ en se livrant à un contrôle précis du traitement comptable des biens financés par le délégataire. L'ardeur du contrôle adopté dans ces deux décisions incite à croire que le juge administratif est sur le point de déterminer minutieusement la

spec. p. 955

⁶⁶³ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, pec., spec. p. 17

⁶⁶⁴ *Idem*

⁶⁶⁵ *Idem*

⁶⁶⁶ COLLET Martin, Note sous CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaine Lucien barrière*, « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public », prec., p. 13 ; COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », prec., p. 3

portée juridique de l'amortissement, détermination qui sera sans doute suivie par une précision sur les modalités de calcul de la clause relative à la durée. « *Nous ne pouvions imaginer un retour en arrière avec la réintroduction du contrôle restreint qui se justifierait, comme c'est le cas en l'espèce, par la complexité et la diversité des modes de traitement de l'amortissement comptable* »⁶⁶⁷.

Evidemment, Il n'était pas attendu que le juge assume toute la tâche de la détermination des modalités de calcul dans cette seule affaire, mais il aurait pu au moins avancer les premiers composants de cette justification de la durée et ouvrir la voie par la suite à de nouvelles décisions qui traiteront les composantes de la rémunération du contractant ou aussi la question des études relatives aux charges réellement assumées par les délégataires. Pourtant, l'absence d'avancée en la matière était la moindre idée prévue.

567. Dans sa Note sur l'affaire, M. Pierre SUBRA DE BIEUSSES va plus loin et dépasse la question de la nécessité de la justification ou non par la collectivité publique de la durée contractuelle pour traiter ce point d'un autre aspect. Il considère que même si le Conseil d'Etat voulait refuser d'admettre que la convention doit comporter elle-même la justification de sa durée, « *la haute assemblée pouvait néanmoins juger qu'il lui appartenait désormais de rechercher, au cas par cas, si la durée retenue par les cocontractants (en l'espèce, trente ans ou vingt-sept ans hors travaux) n'excéderait pas la durée normale prévue par l'article 40 de la loi Sapin (art. L. 1411-2 CGCT), à savoir, dans le cas d'une concession, la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* »⁶⁶⁸. Suivre ce raisonnement aurait permis d'attribuer, par conséquent, dans ce domaine un large pouvoir d'appréciation au juge administratif dans le contrôle de la détermination des durées des conventions de DSP. Mais pourtant, cette analyse ne représentait pas la propre vision du Conseil d'Etat sur ce point.

568. Dans un sens général, le Conseil d'Etat décida dans cet arrêt « *de remettre*

⁶⁶⁷ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, prec., spec. p. 17

⁶⁶⁸ SUBRA DE BIEUSSES Pierre, Note sous l'arrêt CE 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba c/ société des crematoriums de France, Commune d'Aix-en-Provence*, « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », *AJDA* 2010, p. 954, spec. p. 956

à l'ordre du jour le contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation »⁶⁶⁹. Suite à cette décision, la haute juridiction reprend son ancien jeu dans le contrôle des DSP. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2010 *Commune de Palavas-les-Flots, Commune de Lattes* le conseil considère qu'eu égard aux conditions générales de définition de l'équilibre financier de ce contrat⁶⁷⁰, la fixation de la durée du contrat à vingt ans ne constitue pas une erreur manifeste d'appréciation. Cette justification sera de nouveau utilisée par les juridictions administratives et sera, à elle seule, suffisante pour justifier leurs décisions. Dans ce sens, le juge considère que l'absence d'investissement à la charge de la société et l'absence d'élément susceptible de caractériser la nécessité d'une certaine prolongation étaient le signe d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la collectivité dans la signature des avenants au regard de l'article L. 1411-2 du CGCT. Dans le cadre de ce contrôle, le juge administratif estime que seule une durée excessive est constitutive d'un vice d'une particulière gravité qui justifie la nullité de la convention⁶⁷¹.

569. Ainsi, sur la question de la portée du contrôle du juge administratif sur la durée d'une délégation de service public, les jurisprudences marquaient clairement une hésitation du juge de se placer dans le cadre du contrôle restreint ou du contrôle normal. À chaque fois qu'il marque un pas en avant et qu'il donne l'impression de franchir toutes les entraves des anciennes conceptions en la matière, il inscrit de nouveau un recul injustifié au moment le moins attendu.

570. En effet, l'ambiguïté qui a garanti la passation de la Loi Sapin, au niveau de l'article 40, serait la cause principale de son échec. Ainsi la détermination de la clause de la durée n'était ni claire ni suffisante et ne peut constituer une base de données complètes pour cerner tous les aspects de la fixation de la durée et de sa variation. Cependant si la détermination de la durée dans le régime juridique français est manquante, sa détermination dans le régime libanais est considérée presque absente.

⁶⁶⁹ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE du 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, prec., spec. p. 17

⁶⁷⁰ CE, sect., 10 novembre 2010, n° 314449, *Commune de Palavas-les-Flots, Commune de Lattes, Lebon*, p. 429

⁶⁷¹ DESINGLY Aurélien, Note sous TA *Châlons-en-Champagne*, 17 mars 2011, n° 0802454, *AJCT* 2011, p. 296

Section II : La faillite de la restriction libanaise

571. Il était évident et normal que l'article 89 de la constitution libanaise à lui seul ne constitue pas un régime juridique détaillé et suffisant pour régir la détermination de la durée des DSP, pourtant il aurait dû être un arrière plan sur lequel le droit public se base pour constituer un système rigide de règles propres à la fixation de la durée contractuelle. Cependant, deux éléments manquaient pour pouvoir se lancer dans ce projet de construction : la volonté de l'Administration, et l'ardeur du juge. Malheureusement, ni l'une ni l'autre n'étaient présentes, ou au moins, n'étaient prêtes, ce qui abandonnait le droit des contrats publics face à une lutte désespérée contre le détournement (paragraphe 2).

572. D'autre part, il faut le dire, la situation d'instabilité dans laquelle se bat le Liban depuis des années, voir depuis toujours, ainsi que toutes les circonstances extérieures n'ont ni permis ni encouragé la naissance des relations contractuelles saines entre les collectivités publiques et les éventuels délégataires. Ces derniers réclamaient souvent un terrain stable pour leurs investissements, alors que l'Administration, souvent en faillite, ne peut leur assurer ces garanties financières. La seule garantie, non coutable, qu'elle peut leur préserver est la conclusion des conventions à longue durée et la prolongation de ces conventions en cas de surgissements des imprévus. D'où l'incompatibilité entre la fixation voulue de la durée et la mutabilité imposée du contrat (paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Une incompatibilité entre la fixation de la durée et la mutabilité imposée au contrat

573. Après avoir présenté précédemment, dans un premier temps, la situation du droit libanais qui n'accorde à la détermination de la durée aucune importance, il serait mieux d'exposer objectivement les raisons qui sont derrière cette défaillance, non pas dans l'objectif de justifier la situation libanaise et y acquiescer, ni bien sur dans l'objectif de critiquer pour critiquer, mais simplement pour divulguer sans honte le vrai problème en vue de lui trouver une solution convenable.

Dans ce sens, les premières raisons derrière cet échec de détermination sont intrinsèques (A) au régime même des contrats publics au Liban qui nécessite sans doute une réforme le plus tôt possible. Les secondes raisons responsables de cette défaillance sont extrinsèques au contrat (B) et relèvent des situations extérieures qui entourent le contrat et qui lui imposent ses propres règles de jeu.

A- Les raisons intrinsèques de l'échec de la détermination

574. Au niveau interne, les raisons entravant la détermination de la durée contractuelle sont nombreuses, mais peuvent être rangées sous deux titres : d'une part, l'ambiguïté du terme durée, de son contenu et des critères permettant sa détermination (1), et d'autre part, l'absence de restrictions encadrant sa modification (2)

1- L'absence de critères précis pour la détermination

575. Le droit des contrats publics libanais ne connaît pas pour le moment une disposition similaire à l'article 40 liant la fixation de la durée à l'amortissement ou à certains facteurs financiers de contrat. D'ailleurs, une grande partie des juristes⁶⁷² continue à croire qu'il serait plus convenable et moins risqué de ne pas avoir une définition juridique déterminant la fixation de la durée des DSP étant donné que chaque contrat, même au sein d'un service public particulier, présente ses propres spécificités, et que comme les contrats différents par leurs objets, par les dimensions des investissements qu'ils suscitent, ils diffèrent également par leurs durées. La variété de ces contrats de délégations de service public exige un traitement casuistique d'où la vanité d'une détermination réglementaire, générale qu'elle soit. Ainsi les éléments qui participeront dans la détermination de la durée d'un service particulier ne constitueront pas nécessairement des facteurs de détermination de la durée d'un autre service. Par exemple si le tarif influence directement le choix de la durée lorsqu'il s'agit d'un service public dont le tarif est fixé préalablement et sans négociation par la personne publique, il l'influence moins dans un service dont la détermination du tarif revient librement au délégataire.

⁶⁷² Dr. JABER Walid, juge au CE libanais, entretien le 09/07/2012

576. Ainsi, l'Administration n'admet pas de critère pour la détermination de la durée comme fait les collectivités locales en France. Bien que le rapport durée/amortissement ait été critiqué un peu plus haut, il continue à être fondamental dans le processus de la détermination. Ni l'amortissement, ni les autres facteurs financiers ne sont pris en compte au Liban. Ainsi, l'absence de tout rapport exigé entre la durée et les autres facteurs du contrat, rend sa détermination libre de toute contrainte qui serait cependant utile pour garantir une transparence dans la procédure de passation de la délégation. Ce sont des durées approximatives qui sont employées et qui sont souvent puisées des pratiques en la matière, même si ces pratiques dataient de l'époque Ottomans, c'est à dire de plus de 100 ans !!

577. En outre, la durée constitue en principe l'une des premières clauses déterminées dans le contrat étant donné qu'elle figure normalement dans la loi d'autorisation de la passation de la délégation. Ce qui fait que ce sont les autres clauses du contrat qui dépendent d'elle et non le contraire. Dans ce sens, c'est le prix qui est souvent calculé en fonction de la durée choisie⁶⁷³ et évidemment des obligations soumises à la charge du délégataire. Normalement il est reconnu que le délégataire choisi adresse au délégant un rapport contenant les coûts prévus ainsi que les bénéfices espérés⁶⁷⁴ et en se basant sur ce rapport et en prenant en compte la durée choisie à l'avance le prix sera fixé.

Pourtant, bien que l'hypothèse de trouver aujourd'hui un contrat de DSP conclu pour une durée indéterminée soit quasiment rare, et bien que l'article 89 de la Constitution le prohibe, cette hypothèse peut exister et sera légale si aucune saisine du Conseil Constitutionnel ne prend lieu. Dans ce cas, la détermination de la durée sera liée aux règles générales qui s'appliquent en la matière et qui relèvent des lois en vigueur. Néanmoins, en cas d'absence de telles lois, il y aura recours à la pratique en la matière et de la moyenne des durées appliquées dans des contrats semblables. À défaut, un recours au juge administratif sera possible. Et l'ironie en la matière c'est qu'au lieu que ce dernier annule le contrat ou les actes détachables pour indétermination de la durée, il recourt, dans le seul objectif de préserver la stabilité des relations contractuelles, à la

⁶⁷³ NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », *Revue de la Justice*, 1979, p. 14, spec. p. 36

⁶⁷⁴ Ibid, spec. p. 37

détermination d'une durée fourchette en laissant aux parties le soin de choisir une durée précise ou bien il décide directement « la durée raisonnable » qu'il juge convenable en l'espèce.

578. D'ailleurs, il serait important de rappeler que rares sont les cas où l'Administration recourt à une procédure de mise en concurrence pour le choix de son cocontractant en matière de DSP. La loi sur la comptabilité publique l'exige exclusivement en matière des marchés publics⁶⁷⁵. Et cependant, même dans ce type de contrat, la loi offre à l'Administration des échappatoires juridiques pour renoncer à la publicité préalable et à la concurrence. En ce qui nous concerne, l'Administration est libre de recourir à des procédures de mise en concurrence dans les contrats de DSP ou de faire jouer le principe de l'intuitu personae dans le choix de son délégataire. En effet, la liberté de l'Administration dans le choix de son délégataire est jusqu'à lors totale et n'est contrainte que par deux dispositions qui trouvent leurs applications dans des cas strictement particuliers. Il s'agit de l'article 78 du code de commerce qui oblige les sociétés anonymes gérant un service public à ce que le tiers de leurs actions appartient à des libanais. La deuxième disposition concerne l'article 26 de la loi relative aux municipalités qui prohibe aux membres du conseil municipal l'octroi d'une DSP dans le cadre municipal. À part ces deux dispositions aucune contrainte n'est imposée à la personne publique dans le choix de son contractant⁶⁷⁶. Ainsi, recourir à l'intuitu personae, évacue la scène des éventuels candidats évincés ayant intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésés par le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et pouvant de ce fait saisir le juge administratif pour annuler le contrat ou les actes détachables qui s'y rapportent. Et à supposer que ces candidats existent et qu'ils ont saisi le juge du référé précontractuel ou contractuel, ce dernier leur accorde souvent une indemnité sans pour autant annuler ou suspendre la procédure⁶⁷⁷. En effet le juge administratif, lors d'un recours contre un contrat de DSP ne contrôle jamais la clause de la durée sous prétexte qu'elle constitue une clause contractuelle ne relevant que de la

⁶⁷⁵ Projet de loi rendu exécutoire par le décret n° 14969 du 30 décembre 1963 relatif à la comptabilité publique, *JO* n° 104 du 30 décembre 1963

⁶⁷⁶ EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés mixtes, les BOT, la délégation de service public*, étude comparée, El Halabi, 1^{ère} édition, 2009, p. 101

⁶⁷⁷ Dr. JABER Walid, juge au CE libanais, entretien le 09/07/2012

volonté des contractants. Il n'exerce qu'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation, et il semble être attaché à ce rôle.

579. Cependant, l'introduction de la technique des BOT dans le champ des contrats publics libanais a contribué à les animer et à faire passer l'application certaines règles connues dans les régimes des pays créateurs de cette technique, telle la publicité préalable, et la mise en concurrence. De même il est remarquable que les durées de ces contrats soient relativement plus courtes que celles des anciennes concessions nonobstant que les équipements à établir ne sont pas moins coûteux. À noter qu'aucune législation régissant ces types de contrats n'existe pour l'instant. Cependant, avant que le Conseil d'Etat ait à se prononcer sur la nature de ces contrats, la doctrine était, dans sa majorité⁶⁷⁸, persuadée que ces contrats ne sont que la nomination anglo-saxonne de la concession de service public dans le cas où ils portent sur l'établissement des installations en vue de gérer le service public. Ils ne sont considérés des concessions de travaux publics que lorsqu'ils n'ont aucun rapport avec les services publics.

580. Finalement, l'une des raisons qui interdisent la fixation de la durée ou au moins qui ne permettent une détermination exacte de la durée proportionnelle aux prestations demandées par la personne publique c'est surtout l'insuffisance de programmation et le manque d'études préalables à la passation des contrats de DSP. En effet, les investissements au Liban sont non seulement, mal évalués ou inadaptés mais aussi mal programmés. L'Administration néglige volontairement ou non la programmation des travaux de construction et de renouvellements. C'est pourquoi le délégataire arrive souvent à la fin de la délégation avec des installations non amorties en entier et face à une Administration incapable à l'achat des biens ce qui fait que les contrats seront par la suite prolongés.

2- L'absence de restriction pour les prolongations

581. Les règles régissant la prolongation sont, dans la pratique, plus souples au

⁶⁷⁸ Dr. Zouheir CHOKR, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien le 20/08/2012 ; ABOU RJEILY Khalil Saiid, « Les contrats administratifs au Liban », *RJA*, n° 9, 1996, p. 7, spec. p. 17 ; MOUROUWE Hiam, *Le droit administratif spécial, les grands services publics et leurs modes de gestion, l'expropriation, les travaux publics, le droit de l'urbanisme*, MAJD, 2003, p. 103

Liban qu'en France ce qui nous met devant une possibilité de voir les contrats prolongés d'une façon continue. En réalité, l'article 89 ne parle pas de prolongation, mais en liant strictement la passation des DSP et la fixation de leur durée à la compétence du parlement, il accorde évidemment à cette dernière l'habilité de la prolongation. Dès lors, aucune autre prolongation ne peut être acceptée sauf en cas d'autorisation parlementaire au gouvernement de passation de telle procédure à travers une loi d'habilitation. On a déjà vu que les adhérents d'une large interprétation de ce texte prohibent la prolongation et la reconduction étant donné qu'une reconduction constitue une atteinte au principe de la durée limitée. Mais, en l'absence d'une interdiction stricte et claire, la prolongation continue à exister.

582. En principe, la majorité des contrats de concessions au Liban, surtout les anciens, sont donnés pour une longue durée mais la clause concernant la durée ne mentionne normalement aucune possibilité de prolongation ou de reconduction. Rares sont les cahiers de charges qui stipulent une possibilité de prolongation, de reconduction ou même de reconduction automatique sauf préavis de l'une des parties⁶⁷⁹. Mais pourtant cela existe sans que le Conseil Constitutionnel ne soit saisi pour les sanctionner. D'ailleurs, la généralité des cahiers des charges suivent dans leur rédaction l'exemple de l'article 21 du cahier des charges de la concession de Bhamdoun qui dispose : « la durée de cette concession est fixée a quarante ans, elle commencera à courir de de son approbation »⁶⁸⁰. Par conséquent, en raison de l'article 89 de la Constitution, toute prolongation, si jugée nécessaire, ne peut être accordée que par la voie d'une loi nouvelle.

583. Cependant, concernant les motifs de la prolongation, en raison du silence de l'article 89, le législateur garde une large marge de liberté d'accomplir une telle mission suivant ses propres convictions. En faisant le tour sur les lois prolongeant les délégations, il est remarquable que la majorité ne justifie pas les raisons de cette prolongation. Mais pourtant la connaissance des faits conduit à conclure que les conditions justifiant la prolongation au Liban sont beaucoup plus souples que celles

⁶⁷⁹ NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées*, Tome 6, le contrat de BOT, *La société moderne du livre*, Tripoli, 2006, p. 382

⁶⁸⁰ Article 21 du Cahier de charge du 17 avril 1930 *correspondant la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Bhamdoun.*

mentionnées à l'article 40 de la loi Sapin. En effet, pour le législateur, la reconduction des contrats ne lui constitue pas un souci. Au contraire lorsqu'il s'agit d'une délégation qui lui semble assurer la bonne gestion du service, il préfère reconduire ce contrat que de chercher un autre délégataire. En outre, certaines lois de prolongation se justifient par des motifs semblables à ceux imposés par le législateur français mais avec des conditions plus souples.

584. Concernant, le motif de l'extension géographique de la délégation, son application peut concerner la totalité des domaines de DSP au Liban, alors qu'en France son application intéresse plutôt les concessions d'autoroutes. Dans ce sens, par une loi du 10 juin 1938 le législateur a étendu la concession d'électricité d'Aley aux villages de l'alentour et par une loi du 6 juin 1939 il décide de prolonger la durée de la concession en raison de cette extension. De même, Alors qu'en France l'élargissement géographique doit être demandé par la personne publique elle-même pour qu'il soit pris en considération dans la question de prolongation ou d'indemnisation, il suffit au Liban que l'Administration n'ait pas expressément refusé la réalisation de ces travaux pour que ces derniers connaissent des effets juridiques en matière de délégation. Ainsi, dans une décision concernant la DSP d'électricité de Kadisha, le Conseil d'Etat libanais⁶⁸¹ avait considéré que les travaux supplémentaires réalisés par le délégataire et visant à élargir le champ géographique de la délégation, entrent dans la délégation et par la suite l'Etat serait obligé de rembourser les dépenses pour la simple raison que ces travaux avaient pour objectif principal l'intérêt général et étaient conformes à l'intention des deux parties qui s'est manifestée lors de l'exécution. La juridiction argumente ses décisions en recourant souvent au principe de mutabilité du service public⁶⁸² et que c'est en conformité avec ce principe que l'élargissement géographique doit être compris. Ainsi, si les besoins du public se manifestent par une nécessité d'extension du champ géographique de ce dernier, le délégataire est autorisé à se lancer dans le processus de l'extension en se contentant d'une acceptation tacite du délégant.

585. La doctrine affirme que l'Administration peut toujours imposer au

⁶⁸¹ CE Lib., du 6 octobre 1986, n° 130, *Société d'électricité Kadisha/l'Etat*, RJA n° 3, 87-88, p. 171

⁶⁸² RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, op. cit., p. 205

déléataire de nouvelles obligations non prévues dans le cahier des charges⁶⁸³ et qu'il est censé les assumer pour la bonne exécution du service et pour répondre aux besoins publics. Contrairement à la France, les nouvelles obligations imposées par l'Administration au Liban, tant qu'elles sont imposées pour répondre aux besoins du service et de l'intérêt général, peuvent bien bouleverser l'équilibre économique du contrat sans qu'un nouveau contrat ne soit conclu. Ainsi, en cas de nouvelles contraintes qui viennent s'ajouter à la charge du déléataire, ce dernier ne peut que demander une indemnisation sans qu'il puisse demander au juge la résiliation du contrat. Pourtant la jurisprudence garantit ce droit d'indemnisation⁶⁸⁴ même en absence de toute disposition qui l'admet dans le contrat en cours. Toutefois, pour rassurer le déléataire et ne pas le décourager, l'Administration recourt souvent à une prolongation du contrat parfois en surplus de l'indemnisation ou à sa place.

586. Concernant le motif d'intérêt général, à l'instar du droit français, cette notion est entourée d'une ambiguïté qualifiée. Ainsi, aucun critère ne permet de détecter la présence ou l'absence de l'intérêt général et la nécessité par suite d'une prolongation. Cependant, la gravité de la situation au Liban ne se limite pas à l'ambiguïté de la définition de l'intérêt général mais à l'absence d'une date limite à laquelle la prolongation peut être accordée. Rien interdit que la durée de la prolongation ne soit égale à la durée du contrat lui-même. De même, si la continuité du service public représentait souvent la principale figure du motif d'intérêt général, celle-ci est employée au Liban d'une façon exagérée et abusée. Le recours à un tel motif devrait être strictement limité au seul objectif de permettre au parlement de se réunir pour décider du choix de la gestion, soit de reprendre le service, soit de passer un nouveau contrat dans le cas où l'Administration n'est pas prête du plan technique et logistique pour la reprise⁶⁸⁵. Pourtant la pratique ne présente pas le reflet idéal de cette théorie !

587. Cependant, le seul avantage de l'absence d'une législation stricte en domaine des prolongations de DSP au Liban par rapport à la législation française est que

⁶⁸³ NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », art. prec., spec. p. 23

⁶⁸⁴ CE Lib., du 21 novembre 1956, n° 551, *Recueil administratif* 1957, p. 36

⁶⁸⁵ Dr. Zouheir CHOKR, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien le 20/08/2012

l'hypothèse de la survenance de nouvelles conditions imprévues à l'article 40 de la Loi Sapin et incitant la prolongation est toujours envisageable. La souplesse du régime libanais accorde au délégataire la prolongation que nécessite la situation présente alors que la rigidité du texte français peut lui priver d'une juste prolongation nécessaire pour faire face à la situation courante. Cependant, cette même souplesse peut révéler ses points faibles qui se caractérisent souvent par la conclusion des prolongations pour des banals motifs et des circonstances extérieures auxquelles le délégataire doit faire face tout seul en conformité avec le principe du risque de l'exploitation.

588. Dans ce sens, souvent des prolongations seront accordées en raison d'un accroissement du coût des opérations, alors que ces accroissements résultent d'abord des sous-évaluations initiales et de l'absence des études préalables que le délégataire est censé effectuer. Entre aussi parmi les raisons, le Clientélisme qui continue à exister et constitue l'une des raisons réelles des prolongations. Souvent ces délégataires recourent, au dernier moment, au renouvellement des installations ou à l'instauration de nouveaux équipements, sur la demande de la personne publique, pour garantir la prolongation.

B- Les raisons extrinsèques de la mutabilité

589. Divers sont les circonstances extérieures qui viennent déroger l'exécution de la convention de DSP. La mutabilité du contrat administratif en général, la nécessité de s'adapter à toutes les situations incidentes, ainsi que la force obligatoire qui incite les deux parties à la poursuite de l'exécution, justifient la recherche continue à des échappatoires pour conduire le contrat à son terme. La modification du contrat serait la seule solution possible tant que l'idée de la résiliation du contrat est écartée. La jurisprudence libanaise, inspirée par la jurisprudence française, a dégagé quatre théories pour remédier à ce problème : les sujétions imprévues, le fait du prince, les imprévus et la force majeure. Quoique ces quatre théories ne soient pas utilisées d'un même degré pour tout type de contrat administratif, l'Administration au Liban réagit plutôt de la même façon face à quiconque circonstance extérieure affectant l'exécution de ses contrats. Elle préconise souvent l'adaptation du contrat au lieu de son abandon. Elle essaie de se contraindre pour rendre l'exécution possible. Il n'est pas sujet ici de revoir

ces théories, leurs définitions et leur application mais de voir la réaction de l'Administration face à de telles situations. La solution adoptée c'est les lois de suspension en cas de force majeure (1) et les prolongations contractuelles en cas d'imprévision et des faits du prince (2)

1- Les lois de suspension pendant la guerre

590. La force majeure constitue « *un évènement indépendant de la volonté des contractants et imprévisible, qui empêche de manière absolue l'exécution de l'ensemble ou d'une des obligations contractuelles* »⁶⁸⁶. D'où les trois composantes de cette théorie : l'extériorité, l'imprévisibilité, et l'irrésistibilité. Sa principale application se manifeste par les évènements naturels telles les intempéries⁶⁸⁷, la sécheresse⁶⁸⁸, les gelées⁶⁸⁹. À cette notion l'on ajoute les accidents⁶⁹⁰, qui, selon les critères généraux, peuvent constituer ou non une force majeure, la grève⁶⁹¹, et surtout la guerre.

591. Au Liban, les guerres constituent l'une des circonstances extérieures justifiant la prolongation, en raison de sa présence au centre d'une zone géographique de tension et de la guerre ouverte avec l'Etat d'Israël. Alors que le juge administratif français est plus strict dans l'appréciation de la présence des critères généraux et par suite dans la qualification d'un état de force majeure, et alors que ce dernier a écarté et refusé de retenir la présence d'une force majeure dans de nombreux arrêts rendus le lendemain de la guerre mondiale⁶⁹², le Conseil d'Etat libanais était plus vigilant dans ses arrêts rendu pendant et après la guerre civile.

592. Pendant la guerre civile les citoyens ont été face à des déplacements, ils ont tous subi des dommages graves. Plusieurs concessions ont été paralysées, nombreuses installations ont été détruites, volées et confisquées. À la sortie de cette guerre, l'Etat

⁶⁸⁶ DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983, Tome 1, p. 727

⁶⁸⁷ CE, 27 novembre 1935, *Etablissement Descours, Rec.*, p. 1100

⁶⁸⁸ CE, 19 juin 1935, *Lefebvre, Rec.*, p. 693

⁶⁸⁹ CE, 18 mars 1897, *Pagès, Rec.*, p. 234

⁶⁹⁰ CE, 20 juillet 1877, *Petit c. ville de Paris, Rec.*, p. 727

⁶⁹¹ CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes, Rec.*, p. 116

⁶⁹² DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 735

épuisé souffrait d'un déficit qui l'empêchait d'entreprendre des nouveaux projets, de restaurer les anciens services, et de reprendre les services délégués, et il était absolument incapable de rembourser les pertes des sociétés délégataires. Conscient de ces difficultés incombant à l'Administration et faisant preuve d'un sentiment national, le législateur estima que durant la durée de la guerre les exploitants n'ont pas pu exploiter normalement leurs concessions et qu'il fallait donc compenser cette période morte⁶⁹³ et venir à leur secours. Ainsi, il promulgua une loi qui suspendait⁶⁹⁴ les délais pendant toute la période de la guerre estimée à 15 ans, période qualifiée par la doctrine comme « *extracontractuelle* » imprévue par les contractants au moment de la conclusion des contrats.

593. Ainsi, face à cette guerre considérée comme force majeure, le juge administratif puisait les raisons de la prolongation et de l'indemnisation non pas de la théorie jurisprudentielle mais en se basant sur une loi de suspension qui rétablit l'équilibre financier du contrat. Cette loi consistait à prolonger les contrats de DSP pour une période équivalente à la durée de la guerre à partir de sa date de promulgation. Elle écartait la solution de l'indemnisation.

Cependant, pour bénéficier de cette loi le délégataire devait prouver devant le Conseil d'Etat la présence des critères de la force majeure et que sa main a été relevée de la délégation pendant cette période. La loi donna au Conseil d'Etat la compétence de vérifier la présence des circonstances exceptionnelles et au gouvernement la compétence de prolonger ces concessions en vertu des décrets. Dans ce sens, le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice distingua dans un avis rendu le 2 décembre 1999⁶⁹⁵ entre les cas de force majeure qui peuvent faire jouer la suspension et ceux qui ne peuvent la recommander. Il s'agit évidemment des cas de force majeure qui rendent l'exécution absolument impossible mais pour un moment déterminé, ainsi après l'extinction de la force majeure, le délégataire serait dans la possibilité de

⁶⁹³ Mr. KHOURY Joe Issa, avocat de la société concessionnaire de l'électricité de Zahlé entretien le 26/08/2012

⁶⁹⁴ Loi n° 50 du 23 mai 1991, portant suspension des délais juridiques, judiciaires et contractuels, JO annexe n° 21 du 23 mai 1991

⁶⁹⁵ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis n° 579 du 2 décembre 1999 sur la fin de la durée de concession d'Aley

continuer l'exécution du contrat. De même cet avis considéra que la suspension n'est qu'une sorte de matérialisation de l'indemnité réelle qui peut prendre soit la forme d'une somme d'argent versée pour compenser le préjudice, soit la forme d'une prolongation. L'adoption de cette modalité d'indemnisation s'inscrit, d'une part, dans l'intérêt de l'Administration qui est dans l'impossibilité de reprendre le service, ou de participer à sa restauration, ou même d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence dans des conditions qui lui sont plus favorables ou même dans les mêmes conditions de l'ancienne délégation, et s'inscrit d'autre part dans l'intérêt du délégataire qui pourra compenser ses dépenses et ses pertes au cours des années de la guerre, et assurer une certaine marge de gain, et s'inscrit finalement dans l'intérêt du service public puisqu'une telle solution garantit la continuité de son activité.

594. Cependant certaines concessions n'ont pas recouru au Conseil d'Etat pour prouver leur droit de prolongation et pourtant elles ont bénéficié de l'application de la loi de suspension⁶⁹⁶, ce qui montre une certaine discrétion et absence de transparence dans le traitement de ce sujet par le gouvernement. Ainsi, il a accepté la prolongation pour certaines délégations alors que les conditions d'une force majeure et d'une impossibilité d'exécution de leur contrat étaient discutées, et il a repris d'autres délégations sans pourtant reconnaître aux délégataires leur droit à l'équilibre financier malgré la clarté de leur situation et les preuves documentées qu'ils ont présentées sur la présence de la force majeure et la main levée à cause de la confiscation des installations et la reprise de la gestion par les milices présentes dans la région de la concession ce qui les ont empêchés d'exploiter le service tout le long de la période de déplacement. Face à cette discrétion, le Conseil d'Etat⁶⁹⁷ était raisonnable dans sa décision en faisant profiter le délégataire en question de la loi de suspension.

595. Dans cette mesure, l'observation du comportement du gouvernement avec ces dossiers, reflète une certaine faiblesse voire mollesse dans le traitement des grands problèmes. Il est évident que le principe du risque de l'exploitation ne peut plus être admis dans son sens général et que l'Administration est censée partager ce risque avec

⁶⁹⁶ M. BAROUD Mahmoud, le directeur de tutelle au ministère de l'énergie et de l'eau, commissaire du gouvernement auprès de l'établissement de l'électricité du Liban, entretien du 10/07/2012

⁶⁹⁷ CE, du 6 juillet 2004, n° 732/2003-2004, société électricité Aley/ l'Etat

son délégataire, mais le fait d'indemniser le délégataire de ses gains manqués en cas de force majeure c'est sûrement sortir des principes généraux du droit administratif. Dans une demande adressée par la société concessionnaire de l'électricité de Zahlé au ministère de l'énergie⁶⁹⁸, la société demande la prolongation du contrat pour une durée équivalente aux années de la guerre civile ou autrement considérer la durée du contrat suspendue pour une période équivalente aux années de guerre. Cependant au cours de l'exposition des arguments de la demande, la société reconnaît la participation du ministère, durant les années de guerre, dans le support des pertes par des indemnités versées à la société pour redresser l'équilibre financier de sa concession. Mais que ces indemnités n'étaient pas, selon la société, suffisantes pour rembourser toutes les dépenses et les gains manqués. C'était sa raison principale pour demander la prolongation. Or il est clair que la présence de la force majeure a normalement pour effet d'indemniser la partie qui a subi un préjudice par l'autre partie, même si cette dernière n'a commis aucune faute, dans les limites de l'équilibre financier qui n'englobe point les gains manqués. À défaut, tout le principe de risque d'exploitation sur lequel se basent les contrats de DSP n'aura plus de sens. Et cependant, le gouvernement a répondu en faveur de la demande par un décret n° 59 du 15 novembre 1995 alors que cette demande n'était pas fondée à demander un remboursement du gain manqué et alors qu'elle a dépassé les dispositions de la loi de la suspension qui exigeait des sociétés concessionnaires de former un recours devant le Conseil d'Etat, le seul responsable de juger de la véracité de la situation.

596. Cependant sur ce dernier point, concernant le recours direct au gouvernement pour demander l'application de la loi de suspension sans passer par le Conseil d'Etat qui est en vertu de la loi même, la seule autorité compétente pour décider de la satisfaction des conditions requises pour son application étant la juridiction responsable de trancher les contentieux contractuels, un avis a été rendu par le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice⁶⁹⁹, dans lequel cette dernière considère que rien n'interdit que la question de la suspension

⁶⁹⁸ Demande n° 2373 du 15 juin 1995 adressée par la société concessionnaire de l'électricité de Zahlé au ministère de l'énergie concernant l'application de la loi de la suspension.

⁶⁹⁹ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis n° 130/2000 du 15 mars 2000, concernant la durée de la concession du téléphérique de Jounieh-Harissa, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3285

ou non des délais soit traitée à l'amiable directement entre les contractants et c'est ainsi que le gouvernement décide de la prolongation sans avoir besoin de recourir au Conseil d'Etat et que ce n'est qu'en cas de désaccord que le Conseil intervient !

597. En surplus, et pour mettre fin à la polémique qui a accompagné la sortie de la loi de suspension et de la possibilité de la prolongation des DSP d'électricité, surtout que la loi⁷⁰⁰ qui a créé l'établissement d'électricité du Liban précise dans son article 4, que les concessions présentes dans le secteur de l'électricité, au moment de la création de EDL, continuent à être exécutées jusqu'à leurs termes mais ne peuvent sous aucune condition être prolongées ou reconduites, le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice a rendu un avis⁷⁰¹ distinguant entre les deux notions de suspension et de prolongation. Elle considère que ces termes partent de deux bases différentes. La première répond à une situation de force majeure rendant impossible l'exécution du contrat et trouve son fondement dans une loi alors que la deuxième répond à une volonté commune des deux parties de reconduire les effets du contrat pour une durée supplémentaire et relève donc de la pure volonté des contractants. Et de ce fait l'article 4, en interdisant toute prolongation ne concernait pas les situations de suspension qui fondent leur présence sur des principes généraux du droit et par la suite ces deux lois ne sont point contradictoires.

2- La prolongation des conventions en cas d'imprévision

598. L'application de la théorie d'imprévision est plus souple au Liban qu'en France c'est pourquoi elle est rencontrée quasiment dans la majorité des contrats. Étant donné que l'Administration ne justifie pas ses décisions de prolongation, elle nous fait croire à chaque fois qu'il y a une survenance d'évènements imprévus qui exige la prolongation.

En principe la survenance d'une imprévision qui bouleverse l'équilibre économique du contrat d'un taux qui dépasse les 15% ouvre la voie au délégataire de la demande d'une

⁷⁰⁰ Décret-loi n° 16878 du 10 juillet 1964 relatif à la création de l'établissement d'électricité du Liban

⁷⁰¹ Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis n° 560/2000 du 11 septembre 2000

indemnisation⁷⁰². Un comité de trois membres sera formé pour étudier la réévaluation des prix si le cahier des charges ne prévoit pas une procédure déterminée pour la détermination du nouveau tarif. En cas d'une élévation excessive des tarifs l'Administration propose souvent à son délégataire une prolongation de la délégation. Pourtant aucun texte ne précise le taux au-delà duquel l'élévation du tarif est considérée excessive.

599. D'une façon générale, à part la question de la force majeure et précisément la situation de la guerre qui a connu des lois spécifiques pour la gérer, les circonstances extérieures qui peuvent intervenir et influencer l'exécution du contrat sont gérées par le juge administratif directement, en cas de contentieux, et c'est lui qui décide s'il y a droit à indemnité, et par la suite il laisse à la vigilance de l'Administration le soin de négocier avec son délégataire pour chercher un compromis acceptable par les deux parties. Cependant, les cas de contentieux ne sont pas nombreux car l'Administration traite ce sujet avec beaucoup de souplesse et de clémence. Ainsi l'hypothèse de la prolongation, pour compensation de perte, est toujours sur la table et préalablement étudiée avant toute autre suggestion.

600. Pourtant les prolongations des conventions en raison des imprévisions, sont souvent critiquables et doivent être évitées car admettre de telles prolongations dans un Etat instable comme le Liban, c'est risquer l'Administration chaque jour de se faire face à des bouleversements dans l'économie du contrat. Ces bouleversements ne doivent plus être considérés comme des imprévisions étant donné qu'ils se répètent souvent. Le Liban vit dans une zone de tension continue et il ne serait pas envisageable ni acceptable de prolonger la durée du contrat à chaque fois que certaines sujétions surviennent. Si la prolongation va continuer à être la solution prise devant toute circonstance extérieure qui surgit le contrat, ce dernier ne connaîtra jamais un terme.

601. D'après ce qui précède, l'Administration au Liban est normalement dans l'incapacité de fournir des subventions ou des indemnités au délégataire pour compenser les pertes causées par les circonstances extérieures, qu'il s'agisse d'une force majeure ou

⁷⁰² NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », art. prec., spec. p. 39

d'une imprévision. La solution la plus adéquate et la moins coûteuse pour l'Administration c'est la prolongation du contrat. Et souvent cette prolongation est excessive dans l'objectif de convaincre le délégataire de poursuivre l'exécution du contrat et de ne pas recourir en justice pour demander sa résiliation en plus d'une indemnité. Il s'agit bien-sur des cas où les circonstances extérieures justifient le retard dans l'exécution et non l'inexécution en elle-même.

Pourtant les raisons qui sont derrière l'absence d'une vraie détermination de la clause de la durée dans les contrats de DSP ne sont pas toutes liées aux circonstances extérieures et à la nature de cette clause.

Paragraphe 2 : Une lutte désespérée contre le détournement

602. À côté de ces exigences extérieures rendant la prolongation la solution unique et inhérente pour l'intérêt du service et de la vie du partenariat public privé en général au Liban, l'Administration n'a jamais montré une preuve de bonne intention envers la fixation de la durée contractuelle en particulier et la lutte contre toute possibilité de détournement en général. Son comportement au cours des années ne peut être qualifié que de déloyauté (A). Quant au juge administratif, pour ne pas le prendre pour un complice dans le sujet des grandes délégations, il s'est apparu, au moins, indifférent (B) à tout ce qui se passe autour de lui sur la scène contractuelle.

A- La déloyauté de l'Administration

603. La situation du système des DSP en général fut qualifiée en 1999 de « *pitoyable* »⁷⁰³ : Ancienne législation qui datait de l'époque mandataire voire de l'empire Ottoman, et quelques textes particuliers élaborés depuis l'Indépendance qui sont restés dans le cadre des larges principes de la délégation. Cette carence législative et réglementaire relève d'une déloyauté de l'Administration qu'il serait important d'établir ses traits généraux (1) avant de présenter quelques exemples pour la concrétiser (2).

1- Les traits généraux de la déloyauté

⁷⁰³ MALLAT Hyam, « Les concessions et ses aspects juridiques », *La juridiction financière*, n° 9, juillet 1999, p. 41, spec. p. 71

604. Il n'est ni acceptable ni normal d'avoir des doutes et des ambiguïtés autour des termes de la Constitution. Or depuis la promulgation de la Constitution libanaise des énigmes se présentent sur l'interprétation et l'application de son article 89. Ainsi, avant de parler de toute réforme il faut bien commencer par établir un consensus autour les dispositions de la Constitution et son extension. Etape qui n'est pas encore à l'horizon.

605. Aucune loi ni règlement ne sont sortis jusqu'aujourd'hui pour dresser les lignes généraux de la fixation de la durée des DSP ni qui interdit la conclusion de ces contrats pour de longue durée et qui limite strictement la reconduction et la prolongation des contrats en vigueur. C'est vrai que l'Administration ne conduit plus des contrats pour de durées telle 99 ans mais rien ne lui interdit de le faire ou même de prolonger les contrats en cours pour aboutir à une durée totale qui dépasse parfois les 99 ans. La pratique libanaise est riche en des contrats qui ont été prolongés plus de 4 fois et pour des raisons banales et même parfois sans le moindre justificatif. S'il est vrai que les lois en vigueur ne permettent pas la prolongation mais elles ne l'interdisent pas non plus.

606. Depuis la fin de la guerre civile et le lancement du programme de reconstruction du pays, encouragée par les sociétés étrangères et la banque mondiale, l'Administration libanaise a recouru au système de « BOT » pour financer certains projets. Ainsi, au lieu de légiférer ou de réglementer le système des DSP, l'Administration libanaise a recouru à une nouvelle technique contractuelle BOT, aussi non légiférée, qui offre effectivement la même solution que la concession pour attirer les opérateurs privés. Par cette nouvelle technique, l'Administration confie la construction et l'exploitation d'un projet à un investisseur du secteur privé (société locale ou étrangère) qui sera rémunéré par les usagers pendant la durée du contrat. À la fin du contrat, les installations retourneront gratuitement à l'Etat ou à l'une de ses Administrations ou établissements. En effet, ce nouveau système ressemble dans ses traits caractéristiques aux concessions de service public lorsqu'il porte sur un service public⁷⁰⁴, et aux concessions de travaux publics lorsqu'il porte uniquement sur la construction et la gestion d'un ouvrage public. Différentes définitions doctrinales ont été accordées à ce nouveau système nonobstant

⁷⁰⁴ NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées*, Tome 6, le contrat de BOT, *La société moderne du livre*, Tripoli, 2006, p. 7

que le législateur est resté silencieux ce qui a constitué la terre fertile pour générer des situations de complexités et de difficultés lors de l'exécution de ces contrats.

607. À part l'intrigue des lacunes textuelles et de l'absence de législation au niveau des DSP, figure un nouveau problème qui pose des questions sur la rigueur de l'Administration dans le domaine des DSP qui est le problème du contrôle continu et de l'évaluation des DSP. Il est évident que dans tout contrat dont le secteur privé fait partie, ce dernier cherche à maximiser ses profits et réduire ses dépenses ce qui impose évidemment à l'Etat d'augmenter son contrôle pour que cette exploitation du service ne se transforme en un réel fardeau social. Même en absence de législation, ce contrôle est facilement mis en œuvre puisqu'il relève des principes généraux du droit. Cependant, il ne nécessite qu'une sincère volonté pour assurer son application. Mais cette volonté existe-elle ? En effet, l'absence totale du contrôle de l'Etat sur les 2 sociétés délégataires du service téléphonique a permis l'augmentation continue du tarif de l'appel à un point où il est devenu le plus cher parmi les pays arabes⁷⁰⁵.

608. L'Administration essaie souvent de privilégier le délégataire pour encourager le secteur privé à investir au Liban. Pourtant, en octroyant des délégations de longue durée sans aucune contrainte au niveau de sa fixation, l'Administration ne se rend pas compte qu'elle est en train d'engager les prochaines générations par des décisions qui, si elles répondent aux besoins actuels du service public ne répondent éventuellement pas aux futurs besoins. Cette longue durée incontrôlée comme il le faut prive, avant tout, l'Administration elle-même des importantes redevances en ajournant son droit de tirer directement les bénéfices de ce projet⁷⁰⁶ pour une durée irraisonnable. De même le long terme de la délégation conduit le délégant à perdre de plus en plus son contrôle sur le projet et la conformité de la gestion aux normes établies ce qui aurait surement des répercussions négatives sur la bonne gestion du service et sur les services rendus⁷⁰⁷.

609. Cependant, le problème n'a jamais été celui de l'Administration toute seule. Si cette dernière a vocation à conclure des contrats de gré à gré, à choisir une durée

⁷⁰⁵ JABER Walid, « Le régime du BOT : application du partenariat public-privé », *RJA*, n° 17, tome 1, 2005, p. 86, spec. p. 95

⁷⁰⁶ NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées*, Tome 6, *Le contrat de BOT*, op. cit., p. 158

⁷⁰⁷ Ibid, p. 159

excessive ou même à la prolonger, il appartient au législateur de la freiner. Pourtant, le législateur n'est que le complice de l'Administration et il est autant responsable qu'elle de la fragilité du système de DSP voire plus. En effet, le parlement, à travers qui la durée du contrat doit passer en premier lieu, d'interdire toute durée excessive. Il a, en ce domaine, un pouvoir de contrôle illimité sous réserve d'une censure constitutionnelle en cas d'abus. Néanmoins, jamais le contrôle politique n'a été le moyen d'une bonne gestion. Peut-être serait-il très ambitieux d'attendre une réforme d'un organe politique.

2- Les exemples de la déloyauté

610. Les exemples sur la déloyauté de l'Administration dans le traitement de la fixation de la durée et sa modification au cours du contrat son nombreux. Le premier exemple à citer est la délégation de la Grotte de Jeita qui a été donnée au départ pour 18 ans et dont la durée a été prolongée plusieurs fois pour aboutir à une durée finale de 29 ans. À notre avis cette convention constitue la moins grave parmi les conventions où les prolongations ont été accordées d'une façon arbitraire et si elle a été la plus connue c'est parce qu'elle a été médiatisée et politisée. Si l'on évoque c'est parce que son étude est intéressante à plusieurs niveaux : d'une part, c'était le premier contrat conclu au Liban sous la forme des BOT, il a lancé ainsi une grande discussion doctrinale et juridique sur l'interprétation des textes présents, sur les lacunes présentes dans le système libanais et la nécessité de la réforme des textes en vigueur, d'autre part cet exemple constitue l'une des rares conventions où l'Administration justifie ces décisions de prolongation et où on peut voir clairement la faillite du régime libanais qui se comporte aisément et souplement avec cette question de durée contractuelle.

611. En raison de la situation financière déficitaire de l'Etat en 1992, et l'impossibilité du gouvernement d'investir les deniers publics que dans des projets vitaux, le gouvernement était à la recherche d'un nouveau model de contrat qui soit favorable aux défis de reconstruction de l'Etat et de l'effacement de toutes les traces de la guerre. Dans cet objectif, il instaura un plan touristique pour la restauration des services publics touristiques et jugea que le recours au secteur privé était d'une nécessité imminente.

612. Le ministre du tourisme, par le biais d'un arrêté ministériel n° 186 du 18 novembre 1993, conclut un contrat de BOT avec la société allemande MAPPAS pour la reconstruction et la gestion de la grotte de Jeita. Le contrat n'a pas été autorisé, comme le sont tous les contrats de concession, par le parlement mais par une autorisation du gouvernement en vertu d'un décret n° 13 du 12 mai 1993 admettant le recours à la délégation. L'article 8 de l'arrêté prévoyait que le terme du contrat était à 18 ans. Cet article autorisait la reconduction du contrat et représentait par ce fait la première lacune. Ce contrat a été par la suite prolongé 3 fois par des arrêtés ministériels. La première prolongation est survenue deux ans après la conclusion. L'Etat demanda à la société délégataire l'achat de nouveaux téléphériques au lieu de la réparation de la ligne existante, obligation qui n'était pas prévue au contrat initial, la société délégatrice demanda en contrepartie son exonération des taxes douanières imposées pour pouvoir rembourser ses dépenses supplémentaires en raison de la nouvelle obligation et en raison de la découverte d'un champ de mines dans la zone exploitée. Par un décret n° 6 du 15/02/1995, le gouvernement refusa cette demande mais autorisa le ministre du tourisme à prolonger la durée du contrat comme conciliation avec les demandes de la société⁷⁰⁸. Ainsi par un arrêté ministériel n° 27 du 18/03/1995 le ministre prolongea la délégation pour trois ans supplémentaires. Désormais le nouvel article 8 dispose que la durée totale de la convention est de 21 ans avec possibilité de prolongation et de reconduction du contrat.

Par un rapport rendu le 14 juin 1995 par, Jacques KAROL, président du comité des experts du plan directeur de reconstruction et de développement touristique délégué de la banque mondiale et de l'organisation mondiale du tourisme, le rapporteur présente ses observations sur les décisions ministérielles et sur l'ensemble des contrats de BOT conclus par le ministère du tourisme (spécialement la Grotte de Jeita, et les restaurations de Tyr et de Saida qu'on verra plus loin) ainsi que sur les conditions dans lesquelles les délégataires exploitent les services. Il considéra que ces conditions sont trop strictes et dures pour les sociétés délégataires et qu'elles doivent être modérées parce que les contrats étaient rédigés en faveur de l'Administration et prenaient moins en considération

⁷⁰⁸ M. FATOUSH Nicolas, ex-ministre du tourisme, entretien le 27/06/2012

les intérêts des contractants. Pourtant et concernant la durée de la convention, le rapport critiqua la détermination aléatoire de cette clause dans les contrats octroyés et considéra que la durée d'exploitation d'un hôtel ou d'un restaurant ne doit être semblable à la durée d'exploitation d'un site touristique en raison de la différence des prestations demandées dans chacun des contrats, et recommanda par la suite la révision de cette clause.

Pourtant une nouvelle prolongation est octroyée le 12 novembre 1997 pour deux années supplémentaires, non pas par arrêté ministériel cette fois mais par réponse ministérielle à la demande adressée par le délégataire. Sur cette prolongation, deux études ont été présentées en 2000 et 2001, une par l'ancien président du Conseil d'Etat et l'autre par l'autorité de l'inspection centrale sur le fondement de la prolongation mais aucune d'elles n'a traité la façon dont celle-ci a été octroyée. L'ancien président considéra dans son avis que la prolongation constituait un compromis entre les demandes de la société délégataire et les intérêts du service. Selon lui l'obligation à laquelle est soumise la société de fermer chaque année la grotte pour un mois en vue des travaux de maintien consistera une raison suffisante pour la prolongation de la convention pour une durée égale aux mois de fermeture. D'où la validité des décisions prises par le ministre. En revanche, le rapport de l'autorité d'inspection recommandait le retrait de l'arrêté du ministre prolongeant le contrat en raison de l'insuffisance des justifications et de la nécessité de cette prolongation, en considérant que la fermeture d'un mois chaque année était une obligation prévue dans le cahier des charges et donc ne justifie pas de ce fait la prolongation. Pourtant les deux documents étaient à titre consultatif et n'ont pas eu de suivi. En 2007, un nouvel arrêté ministériel n° 181 du 20 novembre 2007 vient ajouter de nouveau 4 ans à la durée initiale du contrat. Ainsi la durée totale du contrat est devenue de 29 ans !! L'on se demande désormais si ce contrat connaîtra un jour un terme. Aux critiques avancées, la réponse était toujours pareille : les circonstances politiques et la crise économique ont conduit à la prolongation du contrat nonobstant les règles en vigueur. En effet, lors de la dernière prolongation, le ministre alléguait que la situation qui a suivi la guerre de juillet 2006 qui a laissé un effet négatif sur le tourisme avait des conséquences néfastes sur les investissements de la société délégataire c'est pourquoi cette dernière était fondée à demander la prolongation pour compenser la stagnation et les

pertes subi pendant la période passée. À noter que la guerre était d'un seul mois alors que la prolongation était de 4 ans.

D'ailleurs, le département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice a considéré dans son avis n° 354/a.s rendu en 2010 sur demande du ministre du tourisme que la prolongation de la durée de l'exploitation en vertu des arrêtés ministériels successifs de 1997 et 2007 ne respectait pas les termes de la loi n° 58/1967 relative à la réalisation et l'exploitation des projets touristiques⁷⁰⁹ qui exige que les contrats de DSP touristiques doivent être soumis à la ratification postérieure du conseil des ministres sur demande des ministres du tourisme et des travaux publics et du transport. Cette loi constitue une atténuation à la restriction imposée par l'article 89 de la Constitution. En effet l'importance du secteur du tourisme et ses contributions dans l'économie de l'Etat exigeait que les procédures d'octroi des contrats d'exploitation et de DSP dans ce domaine soient moins compliquées.

613. Cependant, à part ce contrat, il existe des cas de prolongations encore plus graves où la déloyauté de l'Administration ne peut être cachée et auxquelles tout argument présenté sera vain. Il s'agit principalement de l'arrêté n° 79 du 19 septembre 1986 qui octroyait la concession du palais du Mir Amin à la société Tourister pour 15 ans. Ce contrat a été prolongé en 2005 par l'arrêté n° 119 du 13 juin pour 10 ans supplémentaires sans aucune justification alors que la région dans laquelle ce palais se situe est l'une des plus tranquilles régions du Liban et qui n'a connu aucune déstabilisation remarquable au cours des années et alors que la délégation en cours s'approche plutôt d'un affermage que d'une concession en raison de l'absence des installations que le délégataire est censé réaliser.

L'un des plus graves exemples sur lequel il faut s'arrêter et montrer du doigt le délit que commet l'Administration libanaise envers ses services publics et la façon injustifiable avec laquelle elle se comporte avec ses délégataires en emportant leurs intérêts à ceux des services et de la finance publique. Il s'agit d'un arrêté n° 117 du 9 mai 1994 par lequel le ministre du tourisme délègue le service de restauration de Tyr à la société Redcote. Le

⁷⁰⁹ Loi du 5 juillet 1967, n° 58/1967 relative à la réalisation et l'exploitation des projets touristiques, JO n° 56 du 13 juillet 1967

contrat était d'une durée initiale de 15 ans, durée peut-être raisonnable en raison des améliorations que le délégataire était censé apporter au service. Le scandale était dans la prolongation de cette convention. Ainsi, par un arrêté n° 175 du 27 juillet 2004 cette convention a été prolongée pour 30 ans, durée égale au double de la durée initiale du contrat ! L'arrêté ne présente aucune justification de cette mesure à part que la société délégataire Redcote a instauré les dernières années de la délégation des nouvelles chambres dans l'hôtel et a redécoré les jardins et le parking, installations que le délégataire a entamées de son propre gré et qui, selon l'Administration, assurent plus de sérénité et de tranquillité au client. Justification en elle-même scandaleuse : Si la reconstruction de l'hôtel, en elle-même, après la guerre n'a nécessité qu'une délégation de 15 ans, comment l'on peut admettre et croire que l'établissement de nouvelles décorations du jardin et l'achat de certains meubles nécessitent une prolongation de 30 ans.

Dans le même sens mais pour une durée de prolongation moins scandaleuse, la DSP de la restauration de Saida accordée par l'arrêté n° 116 du 9 mai 1994 pour 15 ans, a été prolongée par le biais de l'arrêté n° 125 du 20 juin 2005 pour 18 ans. La décision de prolongation ne se justifie même pas par des raisons plus ou moins acceptables comme le remboursement des pertes subies par le délégataire ou même le remboursement des dépenses faites pour faire face à une situation de déstabilisation mais par les motifs de la continuité du service public. L'Administration accepte de prolonger un contrat en raison de la continuité du service, non pour un an, non pour deux, mais pour 18 ans, durée supérieure à la durée initiale.

614. À part toutes les critiques avancées à la notion d'amortissement et son inefficacité de déterminer à elle seule la durée du contrat, l'absence totale de cette notion au Liban lors la détermination de la durée contractuelle est responsable d'une grave situation d'abus. En effet, s'il est théoriquement acceptable d'accorder une durée de 18 ans pour une délégation qui comprend à part la construction et la réhabilitation de deux grottes, la construction et la gestion des restaurants, du parking, d'un téléphérique ainsi que le train, accorder une durée de 15 ans pour une DSP concernant simplement un service de restauration montre un aléa flagrant dans le choix des durées de ces contrats

dont la persistance ne peut plus être admise.

B- L'indifférence du juge libanais

615. Il serait peut être exagéré de faire supporter toute la responsabilité de cette défaillance dans la détermination de la durée à l'Administration et au régime juridique instauré par le législateur. L'Administration en tant que partie du contrat, cherchera à optimiser ses intérêts, et ces intérêts ne se concordent, malheureusement, pas toujours à ceux du service public. Il revient donc à l'autorité responsable du contrôle et du maintien de l'ordre d'intervenir et de mettre fin à l'abus caractérisant les DSP. Et c'est là où se matérialise la grande carence du régime Libanais. Face à l'absence d'un régime juridique clair régissant les DSP, et face à un énorme abus attaquant les services de l'Etat, la détermination de la durée contractuelle des DSP se trouve devant une absence totale de l'initiative chez le juge administratif (1), et devant une incapacité forcée du juge constitutionnel et du juge financier (2).

1- L'absence de l'initiative chez le juge administratif

616. Le juge administratif, dans de nombreux cas qui lui ont été déferé, a omis volontairement⁷¹⁰ de prendre l'initiative de dégager un principe général ou une règle juridique permettant une détermination bien précise des modalités de fixation de la durée des DSP. En effet ce juge n'a jamais recouru à la recherche des rapports liant la durée à d'autres éléments du contrat et spécialement la notion d'amortissement qu'en cas d'un procès réclamant une indemnisation au délégataire suite à une résiliation du contrat. Dans ce seul cas le juge peut se référer ainsi à la valeur des installations non amorties pour déterminer l'indemnité. Pourtant même dans ce dernier cas, le juge manifeste une souplesse dans la détermination des indemnités et ne se limite pas à la valeur des installations non amorties pour le déterminer. Mais pourtant, hors le cas des contentieux impliquant une demande d'indemnité, la notion d'amortissement n'entre pas dans les considérations du juge administratif, ainsi il ne pense jamais à censurer un contrat pour être muni d'une longue durée dépassant la durée normale d'amortissement. L'Administration continue à être libre et le juge administratif n'a jamais osé dépasser son

⁷¹⁰ JABER Walid, juge au CE libanais et dr. en droit administratif, entretien le 09/07/2012

contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation concernant la question de la détermination de la durée. Encore plus, un vrai doute existe sur l'exercice même de ce contrôle en domaine des DSP. La liberté de l'Administration dans la gestion de ses services demeure sacrée, et le juge ne compte pas pour le moment la déstabiliser.

617. En outre, bien que de nombreux juristes libanais aient évoqué la question de l'importance de la détermination de la durée qui constitue un pilier essentiel⁷¹¹ dans une DSP, le juge administratif libanais continue à admettre que comme tout contrat administratif, la non détermination de la durée ne constitue une raison de nullité du contrat à condition que ce dernier soit exécuté dans une durée raisonnable⁷¹², sans pour autant profiter d'aucune occasion pour déterminer ce qu'il voulait dire par la durée raisonnable, néanmoins la doctrine a considéré que la durée raisonnable c'est la durée reconnu par la pratique en la matière.

618. Concernant la détermination des nouveaux contrats, depuis la fin de la guerre civile, l'Administration libanaise a recouru à la technique des BOT pour financer certain projet. Cette notion n'était pas reconnue par le régime juridique libanais, et donc pour pouvoir l'employer, il fallait ou bien élaborer une nouvelle législation ou bien classer cette nouvelle forme de contrat sous l'une des classifications connues pour pouvoir lui appliquer le régime juridique convenable. La carence du législateur dans l'élaboration des règles sollicitait de la part du juge administratif un engagement pour combler ces lacunes. Mais le juge était loin de le faire, ou, au moins, il était hésitant pour des raisons qui n'ont absolument aucun rapport avec la complexité de la situation.

619. En effet, la conclusion du contrat de BOT avec la société MAPPAS pour l'exploitation de la grotte de Jeita était une occasion pour la détermination de ce type de contrat par ce qu'une requête a été déférée le 9/05/1996 par le maire de Jeita devant le Conseil d'Etat sous le numéro n° 6503 pour l'annulation des deux arrêtés (de l'octroi et de la prolongation) pour plusieurs raisons dont la plus importante est l'incompétence du ministre d'octroyer une délégation abstraction faite à l'article 89 de la Constitution qui

⁷¹¹ NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées*, Tome 6, *Le contrat de BOT*, op. cit., p. 43

⁷¹² NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, Thèse, Université Arabe de Beyrouth, 2010, p. 48

exige qu'une délégation et qu'une prolongation doivent faire l'objet d'une loi et c'est le parlement, le seul organe compétent pour confier les DSP.

Dans un premier temps⁷¹³, le Conseil d'Etat a écarté l'hypothèse d'une délégation de service public en considérant le contrat en l'espèce comme un simple contrat administratif que le ministre peut passer librement sans aucune obligation qu'il soit prouvé par le biais d'une Loi. Encore plus, le Conseil d'Etat, qui ne pouvait évidemment pas échapper au fait que le contrat en cours est une concession, a considéré que le contrat de BOT est une concession de travaux publics et non une concession de DSP et de ce fait l'article 89 ne trouve pas son application sans pour autant présenter, ce qui était attendu de lui, les traits distinctifs entre un contrat de BOT et une DSP. Il considéra simplement qu'en raison de l'importance des travaux ce contrat constitue une concession de travaux publics et non une DSP alors même que la pratique⁷¹⁴ a pour longtemps montré que les cahiers de charges de toutes les concessions de service public octroyées au Liban comprennent des obligations pour les délégataires de construire ou d'instaurer des établissements qu'exige la gestion du service public et qu'il s'agissait toujours de grands projets de construction. De surplus, cette décision était si tranchante sur la question que le contrat de BOT constitue un simple contrat public et ne laissait aucune éventuelle possibilité que ce contrat puisse être, dans certains cas, qualifié de DSP. Et pourtant, quelques années plus tard le Conseil lui-même requalifia des contrats semblables⁷¹⁵ en des contrats de DSP. La cour d'Appel civil de Beyrouth⁷¹⁶ a rendu une décision semblable en jugeant que puisque le contrat de BOT de construction et de gestion du parking de l'aéroport de Beyrouth concerne la participation à l'exécution d'un service public et de ce fait il est un contrat administratif de DSP. Signalons au passage qu'aucune concession de travaux publics n'a été octroyée au Liban jusqu'aujourd'hui⁷¹⁷, mais nombreux auteurs ont certifié que l'octroi même de ces concessions⁷¹⁸ nécessite aussi, en

⁷¹³ CE Lib., du 9 mai 1996, n° 585/95-96, *maire de Jeita/l'Etat*, non publié

⁷¹⁴ NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », art. prec., spec. p. 28

⁷¹⁵ CE Lib., 17 juillet 2001, *Société Libancell*, n° 638/2001 ; CE libanais, 17 juillet 2001, *Société FTML*, n° 639/2001

⁷¹⁶ CA Beyrouth, 3^{ème} chambre, n° 1998, 25/11/2004, *Revue de la Justice*, 2005, n° 3, p. 506

⁷¹⁷ JABER Walid, « Concession de service public », *La vie parlementaire*, n° 70, mars 2009, p. 75, spec. p.

81

⁷¹⁸ FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, Al Dar Al Masriya, 1^{ère} édition, 1969,

vertu de l'article 89 de la Constitution, la promulgation d'une loi est ceci parce que l'article 89, en traitant les concessions, n'a pas distingué entre concession de service public ou de travaux publics ; c'est pourquoi cette notion doit être prise dans son sens général. La seule exception concerne les concessions d'autoroutes pour lesquelles un décret-loi a été promulgué en 1967 permettant la conclusion de ces contrats en vertu d'un décret. Ainsi, à part les concessions autoroutières, les concessions de travaux publics restent soumises à l'article 89 de la Constitution. Donc même à considérer que le Contrat d'exploitation de la Grotte de Jeita était un contrat de concession de travaux publics il reste illégal car il n'a pas été octroyé en vertu d'une Loi. Et dans ce sens la décision du Conseil d'Etat était largement critiquée. Cet arrêt n'a même pas constitué un sujet de débat doctrinal, au contraire la majorité écrasante de la doctrine et même des juges du Conseil d'Etat⁷¹⁹ ont critiqué ce flagrant effondrement dans le rôle du Conseil d'Etat étant contrôleur de l'Administration et non son complice. Cette décision n'a pas manqué de susciter un certain embarras pour le Conseil, c'est pourquoi il est revenu sur cette décision quelques années plus tard et a admis que les BOT ne sont qu'une nouvelle version des contrats de DSP.

620. C'est vrai qu'on ne peut pas trop attendre du Conseil d'Etat parce que ce que l'on apprend souvent dans les manuels de droit administratif que ce dernier est un prétorien et qu'il n'est pas si lié aux textes comme le juge judiciaire ce sont des idées que la pratique libanaise a montré utopies surtout que l'Administration, dans les rares cas où elle argumente sa décision, se base sur les principes généraux de continuité du service et de l'intérêt général pour obstruer le contrôle du juge. Cependant, l'on peut espérer de sa part une interprétation plus stricte de l'article 89 interdisant l'octroi des délégations par la voie des décrets, un élargissement de ses pouvoirs de contrôle, à l'instar du juge français dans le cadre de l'erreur manifeste d'appréciation, surtout en imposant à l'Administration de justifier ses décisions de prolongation ce qui lui assure encore plus de pouvoir pour annuler ces décisions.

2- L'incapacité du juge constitutionnel et du juge financier

p. 470

⁷¹⁹ JABER Walid, « Concession de service public », art. prec., spec. p. 83

621. Au Liban, le juge constitutionnel constitue le premier organe juridique à être questionné sur le contrôle des DSP, et spécialement sur la clause de la durée étant donné que celle-ci doit figurer dans la loi autorisant et validant le contrat. D'où l'avantage que présente en principe la fixation législative de la durée. Ainsi, si le Conseil d'Etat prouve une volonté de non implication dans le contrôle de cette clause, le juge constitutionnel peut le faire sous le prétexte de l'article 89 de la Constitution. Dès lors, cette position assure à celle-ci un double contrôle.

622. En effet, le Conseil bénéficie, en principe, du droit d'étudier le choix de la durée et son adéquation par rapport aux prestations imposées et par la suite de sanctionner toute durée excessive qui dissimule un certain transfert de la propriété publique ou qui mène à un déséquilibre financier en faveur du délégataire. C'est vrai que l'article 89 de la Constitution ne précise pas les éléments sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Mais tant que ce juge est compétent d'interpréter les articles de la Constitution rien ne lui interdit de dégager ces éléments à travers sa propre lecture de la Constitution. Pourtant, si l'esprit de l'article 89, au moment où il a été rédigé, ne s'opposait pas à la conclusion des contrats de longue durée mais interdisait simplement la passation des contrats perpétuels ou à durée indéterminée étant donné que l'article 89 a été rédigé pour la simple raison d'interdire la privatisation, la lecture récente de cet article devrait aller plus loin et interdire toute durée excessive et censurer, par la suite, les clauses de prolongation et de reconduction que contient la majorité des DSP, car ces clauses constituent une violation certaine au principe de limitation de la durée mentionnée à l'article 89.

Et cependant, malgré ce privilège dont jouit cette clause, la complexité du régime de saisine du Conseil Constitutionnel ainsi que la complicité du législateur avec le gouvernement veillent à ce que le Conseil ne soit pas saisi ce qui lui interdit d'exercer ce contrôle. La pratique libanaise n'a jamais révélé un recours devant le Conseil Constitutionnel demandant la censure d'une loi accordant une durée excessive à une convention de DSP violant ainsi l'article 89. Néanmoins, pour élucider toute confusion, un recours a été enregistré auprès du Conseil Constitutionnel, concernant l'article 89 et la durée mais c'était à l'occasion d'une loi de privatisation et non de DSP. Ainsi, le Conseil

Constitutionnel n'a pas encore eu l'opportunité de prouver sa bonne foi envers la protection des services publics.

623. Contrairement au juge administratif, le juge financier était plus adéquat et logique dans ses interprétations et ses qualifications des contrats administratifs ainsi que sur les régimes qui leurs sont appliqués.

Dans un premier temps, la cour des comptes a rendu un avis en 1999⁷²⁰, trois ans après le fameux arrêt du Conseil d'Etat n° 585, sur la nature des contrats de BOT et la modalité de leur octroi. La cour certifie clairement que les contrats de BOT qui concernent un service public sont des contrats de DSP même s'ils comprennent dans une grande partie un aspect de travaux publics et ne peuvent être de ce fait octroyés que conformément à l'article 89 de la Constitution. Cet avis a été réitéré pour les conventions de BOT dans le domaine local⁷²¹.

624. En surplus, une lueur d'espoir continue à persister dans le champ des DSP au Liban, notamment après un avis rendu en 2009 par la Cour des Comptes⁷²² sur demande du ministre des travaux publics et concernant la demande des sociétés détenant l'exploitation des établissements pour l'approvisionnement des avions en fuel de la prolongation de leurs contrats pour compenser les pertes qu'ils ont connues les dernières années. L'avis démarque de la jurisprudence antérieure en matière de prolongation des DSP et s'adhère aux dispositions françaises qui, quoique insatisfaisantes à notre avis, restent mieux que le vide juridique du régime libanais. L'importance de cet avis tient à plusieurs éléments : premièrement il réaffirme que le contrat de BOT n'est que la nomination anglo-saxonne du contrat de DSP et donc ne sera soumis au régime des marchés publics libanais. Deuxièmement, la Cour des Comptes fait référence expressément à la Loi Sapin pour dégager la solution à adopter. Ainsi elle considère que les seuls cas de prolongation admis sont ceux de l'article 40 : l'intérêt général, à condition que la prolongation ne dépasse un an, et les investissements supplémentaires à conditions qu'ils soient demandés par l'Administration dans l'objectif d'une meilleur

⁷²⁰ Cour des Comptes Lib., Avis du 17 mars 1999, n° 13/1999, site de la cour des comptes libanaise

⁷²¹ Cour des Comptes Lib., Avis du 18 février 2000, n° 20/2000, site de la cour des comptes libanaise

⁷²² Cour des Comptes Lib., Avis du 14 mai 2009, n° 45/2009, site de la cour des comptes libanaise.

exécution du service. Dès lors en se basant sur les termes de cet article, la Cour a considéré que la prolongation demandée par les sociétés délégataires peut être admise pour la durée nécessaire à l'amortissement des investissements supplémentaires après réduction des dépenses qu'a subies l'Administration pour le renouvellement de certains équipements. Donc non seulement la cour s'est référée aux restrictions françaises et imposer leur exécution aux DSP au Liban, mais aussi elle a adopté le terme « amortissement » dans le calcul de la durée supplémentaire, sans pour autant oublier les autres facteurs qui peuvent influencer ce calcul telle la subvention de l'Etat. Bien que trop tard, mais cette décision pourrait constituer une base sur laquelle le droit libanais débute la construction espérée d'un régime propre aux des DSP.

Conclusion du Chapitre II

625. Qui cherche la précision ne peut espérer la trouver dans des illusions. La détermination telle que voulue par le législateur français et telle qu'espérée par la doctrine libanaise ne peut se fonder sur des termes larges et ambigus.

626. Si la Loi Sapin a prouvé un échec au niveau de la détermination de la durée, c'est parce qu'aucun des acteurs sur la scène juridique n'a osé prendre l'initiative de poser des règles fixes ni prendre à sa charge la responsabilité de préciser et d'élucider les ambiguïtés présentes dans la Loi. Le législateur cherchait à faire prévaloir le principe de la transparence pour faire face aux situations de corruption mais n'était pas prêt à affronter les collectivités publiques en les obligeant à renoncer à leurs droits sacrés. Le Conseil Constitutionnel reconnaissait et appréciait l'objectif du législateur mais ne voulait mettre un terme à des principes constitutionnels qui ont pris pour leur consécration des années de lutte et travaux juridiques. Le Conseil d'Etat, lui, n'avait pas une réelle excuse pour ne pas marquer ce but. Et pourtant il l'a manqué.

627. Si enfin la détermination au Liban n'a pas abouti, c'est parce que l'article 89 n'était pas suffisant, à lui seul, pour garantir et préserver les services publics des corruptions et des délégations de longue durée, et parce qu'il n'a pas été suivi par des législations plus spécifiques déterminant la durée et encadrant ses conditions de prolongation. Nonobstant l'importance que repèrent les contrats de délégation de service public dans la réanimation des services publics libanais, le législateur semble être toujours loin de proposer un régime juridique complet qui met fin à toutes ces ambiguïtés. Pour sa part, l'Administration n'en a absolument pas intérêt à le faire à sa place. Le juge Libanais, quant à lui, se voit, moins que le juge français, concerné dans tout ce processus de modernisation en restant fidèle à des anciens principes en droit administratif, telles la liberté d'administration et la liberté contractuelle, qu'il est temps de les mettre à part pour la survivance du service public.

Conclusion du titre II

628. La faillite de la détermination de la durée contractuelle dans le système libanais et français n'était pas surprenante.

629. L'échec de la détermination en droit libanais ne relève pas de raisons juridiques comme une insuffisance des Lois ou une mauvaise interprétation des textes, mais simplement d'une absence de volonté politique de mettre en œuvre certains projets de lois présents et de donner plus de pouvoir et de rôle aux autorités de contrôle pour prémunir le service public.

630. En outre, le régime français s'est trop figé à la notion de l'amortissement dans la détermination de la durée. Quoique cette notion soit encore récente dans le domaine du droit public, le législateur l'a forcément adoptée sans être réellement conscient de son contenu ni de ses effets juridiques. Par la suite, cette fonction conférée à l'amortissement depuis les réformes successives de 1993, a vite atteint ses limites dans la pratique. Cette dernière a montré que cette notion ne peut remplir le rôle qui lui a été attribué, qui est celui de l'encadrement des contrats de DSP. Cette technique qui est par nature variable ne peut garantir la fixation d'une convention. Il est cependant, regrettable que le droit des contrats administratifs se voit incapable de s'adapter aux variations économiques qui instaurent des conditions d'exécution fluctuantes.

631. De même, mise à part la question de la variabilité des facteurs influençant l'encadrement de la durée, surgit la question de l'ambiguïté des termes que la Loi emploie et qui s'oppose à toute tentative de détermination précise et claire. Et pourtant, nonobstant cette ambiguïté qui permet une large définition des conditions de prolongation de la délégation, il persiste des situations où la prolongation semble être la solution adéquate mais par contre ne peut être adoptée parce que la rédaction actuelle de l'article 40 ne le permet pas.

632. Les échappatoires à la loi peuvent toujours exister et aucune loi ne peut

être aussi ferme pour tout prévoir et c'est là le moment où il serait attendu du juge administratif de prendre l'initiative pour combler les lacunes législatives ou encore plus mettre en place des nouveaux principes assurant une bonne détermination de la durée contractuelle et par la suite une bonne gestion du service public.

Conclusion de la partie I

633. Nonobstant la défaillance des deux systèmes libanais et français dans la détermination contractuelle de la durée, l'avantage que présente le droit français se manifeste par le fait que le législateur français a, au moins, essayé d'établir des règles générales pour la détermination de la durée, et que même si la pratique a dénié leur efficacité, elles ont pu au moins aider le juge administratif à déceler certaine excessivité et à faire face à certaines tentatives de corruption. Le législateur libanais a laissé le soin de la détermination de la durée, sans aucune contrainte méthodique, aux parties de chaque contrat, ce qui était la raison de la formation de nombreux contrats déséquilibrés.

634. Quoiqu'ils essaient de le cacher, les deux régimes semblent rester fidèles, à des degrés variables, à des anciens principes du droit administratif comme la liberté d'administration et la liberté contractuelle qui ont été fondés pour garantir le service public et que la pratique a, maintes fois, prouvé leur effet néfaste sur le service public. La transparence pour laquelle luttait la Loi Sapin ne semble être qu'un songe. Si la limitation de la durée du contrat et la restriction de sa prolongation poursuivent en principe un objectif de transparence, l'incertitude de leurs différents critères et leur application laissent place au scepticisme quant à la réalité de la transparence.

635. Mise à part l'objectif initial sur lequel le législateur est parti pour construire sa théorie, et, mise à part l'importance de consacrer juridiquement un référentiel de détermination de la durée, son hypothèse n'a pas abouti à la conclusion voulue. Alors faut-il remettre en cause la question de l'utilité de l'amortissement dans ce type de contrat ou faut-il chercher une réforme de la notion de la durée contractuelle ? Réforme qui prendra réellement en considération que « *la durée est en effet un paramètre fondamental de toute délégation de service public qui détermine notamment l'équilibre du*

contrat »⁷²³ et qui établira par la suite les éléments aboutissant à sa mise en œuvre.

636. Pourtant le législateur, au moins le législateur français, ne va pas se tarder à instaurer des nouvelles règles régissant la détermination de la durée des DSP mais d'un autre angle de vue. Il optera pour une technique permettant de contourner le vrai problème de la difficulté de la détermination en cherchant à intégrer une limitation de la durée qui garantit l'intérêt du service public et ceci en redonnant naissance à la pratique des durées maximales. Ainsi, à l'ancienne question irrésolue des modalités de la détermination de la durée, une autre problématique vient se poser : Et si la solution résidait dans une limitation du plafond au lieu de la détermination exacte de la durée ?

⁷²³ GEFFRAY Edouard Conclusions sur arrêts CE du 8 avril 2009, n° 271737 et 271782, *Commune d'Olivet-Compagnie générale des eaux*, Rec. 2010, p. 117

Partie II : La prépondérance de l'élasticité de la durée des DSP

637. « La durée de délégation constitue l'élément déterminant de son équilibre, ou de ses abus. C'est d'elle que naissent les « rentes de situation » alors combattues⁷²⁴. »

638. À partir de 1993, la durée contractuelle commence à occuper une place grandissante dans la vie juridique des services publics à tel point que la limitation de la durée est vue comme un régulateur du mécanisme de la délégation.

Aux termes de l'article 40 de la loi Sapin : « 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. (...) ». Dans ce cadre, une hésitation s'empare des juristes concernant les significations qui peuvent être accordées aux termes « limitées » et « déterminée » de l'article 40 de la loi Sapin. En effet, la notion de limitation se comprend dans le sens d'un plafonnement, notion souple en comparaison avec le terme de détermination qui sollicite une fixation précise et ferme de la durée. Ainsi, de ces deux phrases, deux obligations distinctes dans leur nature et leur objet seront tirées⁷²⁵ : la première, liée à la durée « limitée », constitue « une obligation absolue » relative à toute délégation. Cette obligation vise à proscrire la conclusion de conventions à durée indéfinie et sans échéance avec le même délégataire. La seconde, liée à la durée « déterminée », constitue « une obligation relative et concrète propre à chaque délégation ». Cette obligation révèle le caractère casuistique des DSP et prémunit la liberté d'administration des collectivités.

639. Cependant, la loi du 29 janvier 1993, dans sa version initiale, quoiqu'elle

⁷²⁴ Ibid, spec. p. 121

⁷²⁵ DIEU Frédéric, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, et CE, 4 février 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, « De la durée fixée à la durée négociée - L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », *JCP A*, n° 18, 27 Avril 2009, 2102, p. 27, spec. p. 30

ait profondément modifié la situation antérieure, quant à la durée prévue aux contrats, elle n'a pas fixé des durées limitées pour chaque type de DSP. Elle s'est contentée de définir « un cadre juridique, dans lequel les parties usent de leur liberté contractuelle, y compris quant à la durée, qu'elles peuvent négocier »⁷²⁶.

Ainsi, en s'inspirant de ces interprétations données aux termes « limitée » et « déterminée » et en faisant face à la persistance des phénomènes de « niche injustifiée »⁷²⁷ ou de corruption, le législateur français a répondu à la première obligation en limitant la durée maximale de certaines DSP après la défaite de l'étalement de ce plafond à la totalité de celles-ci.

640. Pourtant, l'encadrement législatif de la durée maximale était condamné à l'échec à défaut de son efficacité pratique à long terme, ce qui a encouragé le législateur à contempler le problème de la corruption d'un autre angle de vue se caractérisant par une marche en arrière : le retour à la fixation souple de la durée des délégations de service public. À cette démarche on ajoutera notre proposition d'augmentation du contrôle et de la concentration sur d'autres facteurs dont l'influence sur la lutte contre la corruption et la préservation du service public dépasse celle exercée par la durée.

641. Ces expériences législatives de plafonner puis de réouvrir le plafond de la durée maximale, ainsi que le mécanisme proposé pour une réforme plus avantageuse et contrôlée en domaine des DSP seront traitées dans deux étapes :

Titre I - La déroute de l'encadrement législatif de la durée maximale

Titre II - La proposition d'un encadrement assoupli de la durée des DSP

⁷²⁶ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011, p. 477

⁷²⁷ Idem

Titre I - La déroute de l'encadrement législatif de la durée maximale

642. Les apports de la loi Sapin, ont permis de corriger partiellement des situations préjudiciables aux usagers, aux services, ainsi qu'aux collectivités délégantes : les reconductions des délégations, la conclusion des contrats à durée excessive, la généralisation des droits d'entrée⁷²⁸. Nonobstant, quoique son entrée en vigueur fût encore trop récente pour que l'on puisse apprécier toute la portée de ses dispositions, la pratique n'a cessé de fournir des cas de potentielles corruptions dans différents domaines surtout au niveau de la durée. En effet, l'ambiguïté de la loi Sapin au niveau du calcul de la durée représentait le point faible sur lequel jouent les compromis et les concessions. Dans ce sens, l'équilibre du contrat continuait à être calculé sur une période très longue au regard du caractère évolutif des normes, des techniques d'exploitation et de la consommation⁷²⁹. Le remède qui se présentait au gouvernement était le recours à une nouvelle stratégie de fixation législative du plafond (Chapitre I) particulièrement dans le champ des services publics qui s'appuyaient sur la réalisation de lourds réseaux d'infrastructures mobilisant de lourds investissements et des ressources humaines et financières importantes.

643. En revanche, un examen approfondi de l'application de cette stratégie montre son inaptitude à se tenir au courant de l'évolution technique qui affecte les modalités de gestion des services publics et à régler le problème inachevé de la corruption. Ainsi, face au cafouillage (l'inefficacité, la stérilité) de la fixation du plafond avec le temps (Chapitre II), la recherche d'une nouvelle façon d'aborder les problèmes devrait être mise en route.

⁷²⁸ Cour des comptes, « la gestion des services publics locaux d'eau d'assainissement », Rapport public particulier, janvier 1997, les éditions du JO, p. 105

⁷²⁹ Ibid, p. 111

Chapitre I - La stratégie de la fixation législative du plafond

644. La première mission de la détermination contractuelle de la durée étant accomplie, la deuxième étape de la limitation est mise en route.

645. Deux ans après la promulgation de la Loi Sapin, la Loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*⁷³⁰, dite loi Barnier, vient finaliser la fixation de la durée des conventions de délégation de service public dans certains domaines précis tels l'eau et l'assainissement et ceci par l'instauration d'un plafond législatif difficile à surpasser.

646. En effet, le domaine de l'eau est le domaine qui a le plus été soumis à une évolution continue, concernant notamment sa durée. L'histoire datait des débuts des années 90 qui ont connu un certain nombre de scandales affectant ce service public vital, et ont rendu l'exigence de transparence de plus en plus indispensable.

C'est à l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, que revient le soin d'intégrer dans l'article 40 de la loi Sapin, des dispositions concernant la fixation d'une durée plafond pour les délégations d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets (Section I).

647. Toutefois, alors que cette disposition de la loi a fait l'objet d'un large débat portant sur sa validité et sa convenance, il existait, bien avant cette loi, et avant même la diffusion du principe de la fixation de la durée contractuelle introduit par la loi Sapin, des textes réglementaires et législatifs imposant des durées maximales qu'aucun contrat de délégation n'est autorisé à dépasser et ceci dans un nombre bien déterminé de services publics au Liban et en France. Ces plafonds constituaient une atteinte évidente aux principes établis par la loi du 2 mars 1982 qui a accordé une totale liberté aux collectivités dans le choix des conditions des contrats de délégations qu'elles octroient sans se soucier des cahiers des charges types qui n'auraient à partir de cette date qu'une

⁷³⁰ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JORF n° 29 du 3 février 1995, p. 1840.

valeur indicative. Ce qui fait que la redondance du principe de la limitation existait dans d'autres domaines avant son intervention dans le domaine de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères (Section II).

Section I: La fixation législative du plafond dans le domaine de l'eau

648. Malgré la clarté de l'article 13-I de la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, qui a modifié l'article 22 de la loi du 2 mars 1982, qui disposait que : « *Les cahiers des charges types et les règlements types auxquels il était possible avant l'entrée en vigueur de la présente loi de déroger sous réserve d'approbation par le gouvernement ou ses représentants deviennent pour les communes et les établissements publics soumis au présent titre des modèles de cahiers des charges et des modèles de règlements* », les collectivités locales continuaient, dans la pratique, de s'inspirer librement de ces modèles de cahiers de charges pour définir les relations contractuelles avec leurs délégataires⁷³¹.

649. Toutefois, étant donné que cette soumission était restée volontaire, certaines délégations manifestaient des rapports déséquilibrés au niveau de la durée en faveur des délégataires. En partant de cette réalité amère, la pratique marqua, non seulement, un besoin d'une fixation de la durée contractuelle _ que la loi Sapin a bien déterminée _, mais aussi un besoin d'une limitation de la durée maximale des contrats que peut conclure une collectivité (paragraphe 1).

650. Ce principe sera présenté par l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 fixant la durée maximale des délégations de services publics d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets à 20 ans. Et si le législateur s'est arrêté, dans sa tâche, à ce stade, il serait du devoir du juge administratif d'adapter cette fixation législative aux situations antérieures à son entrée en vigueur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le besoin de la limitation de la durée maximale apparue dans la pratique

⁷³¹ CADIEU Pascal, LE ROY Richard, *La procédure des contrats de délégation de service public*, éditions Territorial- L'essentiel sur, Voiron, avril 1999, p. 63

651. L'absence d'un critère clair et satisfaisant de la détermination de la durée contractuelle, étayée par la loi Sapin, était la raison sous-jacente à la persistance de la conclusion des contrats à des durées excessives, surtout dans le domaine de l'eau, et qui ont consacré la domination des grandes entreprises sur le marché des délégations de service public.

Dans cette mesure, l'intervention de la durée plafond était inévitable (A) pour faire face à la réalité amère de la survivance des pratiques de corruption. Pourtant, à cette fixation, viennent s'ajouter de nouvelles pratiques législatives pour la renforcer et assurer son application. Il s'agit surtout des compléments à la limitation (B).

A- L'intervention inévitable de la durée plafond

652. Certains parlementaires ainsi que le gouvernement se forçaient à cristalliser, durant les débats parlementaires sur le projet de loi *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, les raisons en faveur de la limitation des durées des DSP en matière de l'eau (1). Emportant l'indécision sénatoriale, une observation simplifiée (2) de la démarche législative montre que le principe de la durée plafond a retrouvé sa place sur la scène des DSP après une absence qui datait de 1982.

1- Les raisons évoquées en faveur de la limitation

653. Alors que des fortes rumeurs circulaient ainsi que des engagements ministériels étaient pris sur une proche délibération sur le sujet de prévention contre la corruption, la majorité parlementaire manifesta, lors de la discussion du projet de Loi *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, une volonté de voir insérer dans ce projet des dispositions incitant le gouvernement à mettre en accord paroles et actes, parce que, comme le dit M. BRARD « *il ne faut jamais juger les hommes politiques à ce qu'ils disent mais à ce qu'ils font* »⁷³².

654. Diverses raisons étaient derrière l'adoption législative d'une durée maximale dans les délégations de service public d'eau d'assainissement et des ordures

⁷³² Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 9 décembre 1994, *JO AN* n° 120 samedi 10 décembre 1994, débats parlementaires, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, compte-rendu décembre 1994, p. 8613, spec. p. 8638

ménagères : il s'agissait surtout de l'amélioration de la transparence, de l'interdiction des contrats à durée excessive et finalement de la protection des usagers captifs.

655. Dans son intervention, lors de la deuxième lecture du projet de loi devant le Sénat, le ministre de l'environnement évoqua une série de craintes concernant l'avenir des délégations de service public si le parlement demeure inactif à l'encontre des politiques adoptées dans ces domaines particuliers. Il manifesta, d'abord, sa peur que les grandes politiques d'intérêt général en matière d'environnement, tels l'amélioration de la qualité de l'eau, le traitement des déchets, ainsi que l'assainissement ne soient à l'avenir mises en causes par un manque de transparence et de rigueur. L'adoption d'un plafond, dans ces domaines, tendra à instaurer plus de transparence, de rigueur et de respect aux consommateurs et contribuera, en même temps, à l'amélioration de la protection de l'environnement⁷³³.

656. Ensuite, et face à une question fondamentale qui consiste à savoir pourquoi la limitation du plafond ne s'est intervenue qu'en domaine de l'eau, de l'assainissement et des déchets ménagers les justificatifs du gouvernement étaient préparés d'avance : ces domaines constituent une catégorie de services publics spécifiques qui se caractérisent par la situation de leurs usagers qui forment une clientèle captive⁷³⁴. Le ministre de l'environnement étaye son argument en montrant que, dans ces domaines, l'utilisateur se voit imposer deux réalités auxquelles il ne peut échapper : d'une part, il n'a pas le choix d'utiliser ou de renoncer à l'utilisation du service proposé comme tel est le cas pour les services d'autoroutes, de parking, etc., et d'autre part, il serait, effectivement, face à un délégataire unique sans concurrent avec lequel il est obligé d'entamer une relation contractuelle. Ainsi, ces usagers ne disposent, en effet, d'aucune alternative, et seront dans l'obligation de payer le prix même s'il est trop élevé.

657. Une autre raison de la nécessité de fixer une durée plafond apparaît dans les propos de M. VASSELLE⁷³⁵ qui se basait sur des expériences personnelles et professionnelles. Il évoquait deux réalités amères auxquelles doit se confronter

⁷³³ Sénat, séance du 16 janvier 1995, *JOS* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. pp. 424- 425

⁷³⁴ Ibid, spec. p. 425

⁷³⁵ Ibid, spec. p. 426

l'Administration française : d'une part, le nombre des sociétés existantes en France pour l'affermage est limité, ce qui réduit le choix des collectivités locales, et d'autre part, et c'est la réalité la plus grave, il existe une sorte d'entente entre ces sociétés ce qui leur permet de dominer facilement le marché et de créer une réelle situation de monopole. Ces sociétés contraindront les collectivités à passer sous leurs « *fourches caudines* ». En cas de refus, les collectivités seront obligées de passer à la concurrence. Et dans ce cas là les offres de service apparaîtront encore moins avantageuses que celles auxquelles les collectivités peuvent prétendre puisque il s'agit des fins de contrats. Ainsi la fixation législative d'une durée plafond s'impose aussi bien aux collectivités qu'aux délégataires ce qui libère les premiers de la pression qu'exercent sur eux les grandes entreprises en se référant, désormais, à une obligation législative qu'il ne leur appartient pas de transgresser. Dès lors, alors que la loi donne l'impression de confisquer le choix des collectivités et de porter atteinte à leur liberté d'administration, elle ne fait au fond que protéger celles-ci des mauvais plans des grandes sociétés.

658. Ainsi, dans un domaine tel l'environnement, où les accords entre entreprises sont devenus la règle et non pas l'exception, et face à une situation scandaleuse qui se caractérise par le fait que les collectivités locales ne sont pratiquement plus maîtresses de leurs choix dans la mesure où en réalité, elles ne peuvent plus répondre correctement aux appels d'offres auxquels elles doivent faire face, l'adaptation du plafond législatif était la solution la plus adéquate pour conserver et le service public et la liberté des collectivités.

2- Une observation simplifiée de l'adoption parlementaire de la limitation

659. Au moment où on a dû croire que la pratique des durées limites s'est éteinte, à jamais, avec la loi du 2 mars 1982, la loi du 2 février 1995 parvient après plus de deux décennies à rendre au plafond sa place dans les conventions de DSP.

Une observation rapide, non approfondie, du trajet parcouru par le principe de la durée plafond depuis sa proposition jusqu'à son adoption montre que c'est avec l'amendement n° 356 présenté par M. GUELLEC lors de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale que cette idée est intervenue. Avant cette date, le projet de loi ne

contenait aucune disposition concernant la fixation de la durée maximale de gestion du service de l'eau et de l'assainissement. Il a été initialement présenté devant le Sénat comme un « projet de loi relatif à la clarification et à la décentralisation des compétences en matière d'environnement »⁷³⁶. Au sein du Sénat, lors de la première lecture, ni le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques et du Plan, ni les avis rendus par la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale et la commission des affaires culturelles n'ont proposé l'introduction d'une disposition concernant la durée contractuelle. D'autre part, à l'Assemblée nationale, le rapport n° 1722⁷³⁷ fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat, relatif au renforcement de la protection de l'environnement, est allé sans l'ajout de ces dispositions. Ce n'est donc qu'à l'occasion des débats parlementaires de l'Assemblée nationale que la modification s'est produite. En effet, l'amendement de M. GUELLEC⁷³⁸ proposait que la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 40 de la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* soit complétée par les mots suivantes : « *et ne peut excéder vingt ans* ».

Cet amendement vise à éviter la conclusion des conventions de DSP pour des durées excessives surtout dans les conventions de concession⁷³⁹. Quoique cet amendement fut retiré par son auteur, suite à des promesses de la part du gouvernement de le discuter dans les quelques jours qui suivent, il a été repris par M. BRARD et a été, par la suite, retenu par l'Assemblée sans qu'aucune contestation ne soit enregistrée au niveau du choix de la limitation elle-même ou même à l'adoption de la durée maximale choisie à savoir 20 ans.

⁷³⁶ Rapport n° 4 fait au nom de la commission des affaires économiques et du Plan sur le projet de loi *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JOS*, documents parlementaires 1^{ère} session. 1994-1995, p. 7

⁷³⁷ Rapport n° 1722, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat, relatif au renforcement de la protection de l'environnement, par M. Jacques VERNIER, *JO AN* documents parlementaires 10 session 1994

⁷³⁸ Assemblée nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 9 décembre 1994, *JO AN* n° 120 samedi 10 décembre 1994, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1994, p. 8613, spec. p. 8637

⁷³⁹ *Ibid*, spec. p. 8638

L'auteur de cet amendement voulait que ce dernier s'inscrive dans l'esprit d'un progrès en matière de transparence et de rigueur des relations contractuelles entre les collectivités et les entreprises concessionnaires. Pourtant il faut mentionner que l'amendement visait, au départ, l'ensemble des DSP et non seulement celles conclues en matière de l'eau, d'assainissement et des ordures ménagères.

660. Au Sénat, les rapports des commissions, ainsi que les rapports pour avis, n'étaient pas favorables à cette insertion. En effet, le rapport n° 190⁷⁴⁰ fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, demanda la suppression de cet article sans porter aucune appréciation sur son fond, mais uniquement pour avoir jugé que son introduction, dans le présent projet de loi, est inopportune en raison de la présence d'un examen concomitant par le parlement de plusieurs propositions de lois relatives à la prévention de la corruption et la transparence de la vie politique.

661. Néanmoins, dans un souci d'adaptation de l'amendement parlementaire au thème dudit projet de loi à savoir l'environnement, un amendement n° 10⁷⁴¹ a été présenté par le gouvernement lors de la deuxième lecture du texte devant le Sénat. Par cet amendement, le gouvernement propose de rédiger ainsi l'article 42 *ter* : « *le premier alinéa de l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques est complété comme suit :*

« Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autre déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen

⁷⁴⁰ Rapport n° 190, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, modifié par l'assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JOS*, documents parlementaires, 1^{ère} session 1994-1995

⁷⁴¹ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JO S* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 423

sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation » ».

Cet amendement a été mieux accueilli par les sénateurs que les amendements présentés par l'Assemblée, étant donné qu'il limite l'application de la durée plafond aux domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets ménagers, donc au domaine précis du projet de loi étudié, et qu'il laisse toujours la possibilité d'un dépassement de la durée plafond, au cas où il le faut, après la passation par certaines procédures assez compliquées pour garantir la transparence. Ainsi, cet amendement a été adopté au sein du Sénat suite à un scrutin public.

662. À la suite de cette adoption, le rapport n° 1908⁷⁴² rendu à l'Assemblée nationale, lors de la deuxième lecture du projet de loi, au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi, n'a proposé aucune modification de cet amendement. Finalement, l'article 42 ter, tel que adopté par le Sénat, fut adopté au sein de l'Assemblée nationale⁷⁴³. Cet article figurera sous le numéro 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*.

B- Les compléments de la durée plafond

663. Dans le cadre de la recherche d'un additionnel profit des résultats de la limitation du plafond, à savoir l'accroissement de la rigueur et de la transparence, sans pour autant porter une atteinte supplémentaire à la liberté d'administration dont bénéficiaient auparavant les collectivités locales, la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement* a inauguré un contrôle réservé au directeur départemental des finances publiques (1) en cas de toute intention de dépassement de la durée plafond. De surcroît, la loi a consacré au domaine de l'eau, d'assainissement et des ordures ménagères une spécificité non accordée aux autres services publics qui consiste dans l'interdiction définitive des droits d'entrée (2).

⁷⁴² Rapport n° 1908, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi, adopté avec modifications par le sénat en 2^{ème} lecture, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jacques VERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, 10^{ème} session 1995

⁷⁴³ Assemblée nationale, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 18 janvier 1995, *JO AN*, n° 6 jeudi 19 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu 10 janvier- 27 juillet 1995, p. 232, spec. p. 264

1- Un contrôle inauguré au directeur départemental des finances publiques

664. La nouveauté dans cette loi ne se limite pas à l'instauration d'une durée maximale dans les délégations de l'eau (car comme on le verra plus tard ce n'était pas le premier texte inaugurant cette idée, quoi qu'il soit le plus important), mais s'étale à la pratique du contrôle du trésorier-payeur général, appelé plus tard directeur départemental des finances publiques⁷⁴⁴, pour tout dépassement de ce plafond.

665. C'est l'œuvre de l'amendement n° 10⁷⁴⁵ présenté par le gouvernement, aux termes duquel, *« dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autre déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation »*. Avant ce stade, on ne parlait que d'une durée plafond de 20 ans.

Dans ce sens, cette disposition constituait un anéantissement bienvenu de la stricte limitation de la durée plafond adoptée à l'Assemblée nationale. Ainsi, si sa première moitié donne l'impression que la durée maximale d'une convention de DSP en matière d'eau est de vingt ans, sa deuxième moitié place ce plafond dans le cadre d'une précaution supplémentaire intervenue dans le domaine spécifié de l'eau et à laquelle la dérogation est toujours possible. Pour y parvenir, il suffit de soumettre les justificatifs de dépassement, transmis par la personne publique, au contrôle du directeur départemental des finances publiques en vue de produire ses conclusions. Celles-ci seront transmises aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération portant sur la délégation.

⁷⁴⁴ Art 109, 1°, Ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010, portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique, JORF n°0101 du 30 avril 2010, p 7839

⁷⁴⁵ Senat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, JOS n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 423

En effet, l'introduction de cette nouvelle exigence, tend à la fois à ne pas figer les délégations _ lorsqu'il le faut _ dans des durées limites insurmontables et à inaugurer un contrôle indispensable pour garantir l'intérêt du service public. Ainsi lorsqu'il s'agit d'une convention qui nécessite l'instauration des installations coûteuses dont la couverture des coûts mettra plus de vingt ans, la collectivité ne serait pas appelée à abandonner son choix de délégation mais à fournir tous les documents appuyant le choix de la durée au trésorier-payeur général. Une telle demande du délégant concerne autant la durée initiale d'une convention qu'un avenant ayant pour effet de prolonger la durée au-delà de ces 20 ans.

666. Dans sa défense de l'amendement n° 10, le ministre de l'environnement affirme que cette disposition est constitutionnelle et n'affecte en rien le principe de la libre administration des collectivités puisqu'il s'agit d'une simple obligation d'exercer un contrôle préalable des justificatifs de dépassement de la durée maximale dans le sens d'une meilleure information de l'assemblée nationale invitée à délibérer sur le sort de la délégation. Dans ce cadre il ne s'agit point d'un avis conforme mais d'un simple examen⁷⁴⁶. Ainsi, en comparaison avec la première version de cette disposition qui ne parle que de durée plafond dans le domaine de DSP en général, cette nouvelle version constitue un avancement, voire une garantie de respect du principe de la liberté d'administration. Mais pourtant n'y aurait-il pas une troisième option à part ces deux idées proposées ? Qui a limité le choix entre ces deux idées pour en choisir la moins pire ? Questions auxquelles la réponse n'était pas encore murie.

667. D'ailleurs, dans un souci d'une meilleure détermination, la Circulaire du 10 mai 1995⁷⁴⁷ relative à l'application de l'article 75 est venue ajouter certaines clarifications concernant la durée plafond et le rôle du trésorier-payeur général. Elle a considéré que l'examen exercé par ce dernier n'a pour but ni d'apprécier la légalité de l'allongement de la durée qui relève du représentant de l'Etat, ni d'apprécier l'opportunité de la prolongation qui est de la mission de l'assemblée délibérante. Dès lors, lorsque le

⁷⁴⁶ Ibid, spec. p. 425

⁷⁴⁷ Circulaire du ministre du budget, du 10 mai 1995, *relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JORF du 12 mai 1995, p. 8019

projet soumis à son examen soulève des questions de cette nature, il en prend acte et les intègre comme des données préalables à son analyse. En tant qu'expert économique et financier, le trésorier-payeur général, s'intéresse à :

- Examiner l'adéquation des termes économiques et financiers de la convention au champ de la délégation, eu égard notamment au volume des investissements à réaliser ou à gérer
- Comparer les prix du service par rapport à ceux pratiqués antérieurement et ceux pratiqués par des organismes dans le département, la région ou au plan national, pour des services comparables au niveau du volume, de la nature des investissements ainsi qu'au niveau des conditions d'exploitation.
- Etudier la capacité financière des partenaires concernés et les répercussions sur la fiscalité locale,
- Traiter l'incidence financière au regard des normes environnementales et des normes sanitaires d'hygiène et de sécurité.

668. Ainsi, au niveau de l'instauration d'une durée plafond dans le domaine de l'eau, cette circulaire n'a rien ajouté aux justifications présentées au sein du parlement sur l'adoption d'un maximum législatif et son efficacité. Elle ne s'est donc pas intéressée à étudier l'opportunité du choix de l'instauration de la durée maximale, ni les raisons derrière l'adoption du chiffre 20 ans en tant que plafond, mais s'est limitée à étudier le champ de compétence du trésorier-payeur général.

669. Dans ce cadre, les conclusions de l'examen visent à éclairer en toute objectivité la décision de l'assemblée délibérante, le trésorier-payeur général établit un avis sur le bien-fondé de la durée de la délégation, dans un objectif d'aide et de conseil uniquement. Pour le faire, le dossier rendu au trésorier-payeur général doit comprendre l'ensemble des documents nécessaires à cet examen et permettant la justification du dépassement de la durée de 20 ans. Ainsi, outre la convention, il convient de prévoir dans le dossier le compte d'exploitation prévisionnel ainsi que toutes les justifications permettant au trésorier-payeur général d'apprécier : «

- *La durée de la convention au regard de celle d'amortissement des installations*

mises en œuvre et, à cet égard, il y a lieu d'examiner les durées techniques recommandées par les constructeurs ainsi que les durées d'amortissement au regard des dispositions fiscales;

- *La durée du contrat au regard du plan de financement dont les modalités (apport de capitaux propres, emprunts) peuvent avoir une incidence sur la durée de la délégation;*
- *La durée du contrat au regard des besoins de financement de l'opération afin d'analyser l'impact, sur le coût pour le service, d'un raccourcissement ou d'un allongement des durées de financement et les conséquences financières en termes de coût global »⁷⁴⁸.*

670. La circulaire précise que la saisine du trésorier payeur général porte sur tout projet de délégation dans le domaine d'eau potable, d'assainissement, de traitement des ordures ménagères et d'autres déchets d'une durée supérieure à vingt ans. De même, la collectivité délégante devra saisir le trésorier-payeur général pour examen de tout avenant qui aura pour effet de prolonger au-delà de vingt ans une délégation conclue après l'entrée en vigueur de la loi ou de prolonger une délégation d'une durée supérieure à vingt ans conclue après l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995. Dans ce cas, le trésorier-payeur général devra donner un avis sur le bien-fondé de la durée globale de l'ensemble de la convention de délégation, avenant compris. Cependant, pour ce qui concerne le cas des avenants ayant pour effet de prolonger la durée d'une délégation existante à la date d'entrée en vigueur de la loi, la circulaire rappelle que le Gouvernement a décidé de consulter le Conseil d'Etat, étant donné que la loi ne présente aucune indication particulière sur ce point.

671. À vrai dire, cette clarification était décevante et insuffisante sur le plan du contrôle, mais adéquate au niveau de la liberté d'administration en raison que l'avis du trésorier-payeur général sur le bien-fondé de la durée de la délégation demeure un simple avis auquel l'assemblée délibérante n'est pas invitée à adopter un avis conforme. Toutefois l'importance de ce rapport est qu'il est fait par un expert que l'assemblée est supposée moralement suivre. En revanche, ce rapport aurait sûrement beaucoup plus de

⁷⁴⁸ Idem

force et d'importance, sans pour autant affecter la liberté d'administration de la collectivité, si sa publication était exigée, ce qui permettrait l'information des usagers et obligerait d'autre part l'assemblée en cas de non conformité à être en position de se défendre et de présenter une justification convaincante de son choix, sans quoi les représentants risqueraient une censure électorale lors des élections suivantes.

La portée de cet avis reste néanmoins ambiguë⁷⁴⁹ si aucune illégalité n'entachera la décision de prolongation contraire à celui-ci. Dans ce sens, la cour administrative de Bordeaux lui a donné un caractère impératif en considérant que le dépassement de la durée légale de ces conventions ne pouvait qu'être subordonné à un avis favorable du trésorier payeur général⁷⁵⁰

2- L'interdiction des droits d'entrée

672. S'agissant des droits d'entrée, le législateur a adopté, au cours des années, deux positions successives : la première, par le biais de la loi Sapin, en restreignait l'usage. La seconde, plus ferme, en prohibait, par la loi Barnier, l'usage et ceci strictement en matière d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets.

673. En effet, concernant la loi du 2 février 1995, un amendement n° 357 a été présenté, lors de la première lecture du projet de loi devant l'Assemblée nationale par M. GUELLEC, retiré comme son précédent puis repris par M. BRARD. Il traduisait une rigueur croissante envers les conventions de délégation de service public en général. Cet amendement proposait l'ajout à l'avant-dernier alinéa de l'article 40 de la loi Sapin l'expression suivante : « *le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit* »⁷⁵¹.

En effet, la suggestion de cet amendement, à elle seule, appelle une signification négative. D'une part, sa survenance, deux ans après la promulgation de la loi Sapin,

⁷⁴⁹ HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Paris 2, 2008, *LGDJ*, 2009, Bibliothèque de droit public, p. 250

⁷⁵⁰ CAA Bordeaux, 25 octobre 2001, *Association Bessieraine contre la dégradation de l'environnement*, n° 01BX00920

⁷⁵¹ Assemblée nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 9 décembre 1994, *JO AN* n° 120 samedi 10 décembre 1994, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1994, p. 8613, spec. p. 8638

accuse celle-ci de fragilité et d'insuffisance pour prémunir les délégations de service public des abus, et d'autre part accuse le législateur d'irresponsabilité et d'adoption des solutions prématurées, momentanées, incapables de régler radicalement les problèmes posés.

M. FUCHS martèle que le dispositif des droits d'entrée négociés lors de la passation d'une convention de délégation de service public suscite de très nombreux problèmes et de légitimes interrogations⁷⁵². Cependant, alors que ledit parlementaire accepta l'ajournement de la discussion de ce problème, l'Assemblée était forcée à adopter l'amendement.

674. Pourtant, si l'insertion de cette disposition à l'article 40 de la loi Sapin était bien accueillie au sein de l'Assemblée, elle ne l'était pas au même degré au sein du Sénat. En effet, un grand nombre de sénateurs étaient persuadés que l'article 40 de la loi Sapin, sous sa version d'origine, présente des garanties de bonne gestion du service. Dans ce sens, la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale rappelle dans son avis les raisons de satisfaction de cet article : *« D'une part, le montant et le mode de calcul des droits d'entrée doivent être justifiés dans les conventions de délégations de service public. D'autre part, ces conventions ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prendrait à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation »*⁷⁵³. Ainsi, l'amendement proposé par l'Assemblée n'apportera aucune valeur ajoutée à l'article 40 c'est pourquoi il était jugé inutile et des voix se sont élevées pour sa suppression (amendement n° 54 déposé par M. LE GRAND au nom de la commission des affaires économiques⁷⁵⁴ et amendement n° 107 présenté par M. DAILLY au nom de la

⁷⁵² Idem

⁷⁵³ Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Etienne DAILLY, *JOS*, documents parlementaires, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, p. 17

⁷⁵⁴ Rapport n° 190, au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, modifié par l'assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JOS*, documents parlementaires, 1^{ère} session 1994-1995, p. 66

commission des lois⁷⁵⁵)

675. En revanche, le gouvernement, proposa, lors de la deuxième lecture du projet de loi par le Sénat, une nouvelle rédaction de l'article 42 *quater* grâce à un amendement n° 11 rectifié *ter* qui dispose :

« I- Dans l'article 42 quater, de remplacer les mots : « l'avant dernier alinéa de l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précité est ainsi rédigé » par les mots : « le septième alinéa de l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précité est ainsi complété » .

II- De compléter in fine l'article 42 quater par les mots : « quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets » ».

676. Dès lors, la nouvelle rédaction proposée à l'article 42 *quater* limite la prohibition exclusivement aux délégations de service public qui entrent dans le domaine de l'environnement. Dans sa défense de l'amendement, le ministre de l'environnement, Michel BARNIER, admet le progrès apporté par l'article 40 de la loi Sapin. Cependant il considère que dans le domaine d'eau, d'assainissement et des ordures ménagères, le versement des droits d'entrée n'a pas pris fin. Et en partant d'une expérience personnelle il ajoute : *« après avoir établi une certaine concertation sur ce point précis avec les professionnels concernés, j'avais enregistré de leur part un certain intérêt pour la suppression claire et nette de ce droit d'entrée. Il n'y a aucune philanthropie d'ailleurs en la matière parce que plus ce droit d'entrée est élevé, plus le prix de l'eau augmente »*⁷⁵⁶. C'est dans ce sens qu'il soutient expressément la suppression des droits d'entrée spécifiquement dans le domaine de l'eau et l'adoption par la suite pour ce type de délégation d'une stratégie plus stricte que celle adoptée dans les autres domaines.

677. D'ailleurs, cet amendement a fini par être adopté par le Sénat et a figuré, par la suite dans l'article numéro 76 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au*

⁷⁵⁵ Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Etienne DAILLY, op. cit., p. 17

⁷⁵⁶ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JOS* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 428

renforcement de la protection de l'environnement qui dispose, désormais : « Art. 76. - Le septième alinéa de l'article 40 de la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée: « Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets. » »

678. En revanche, l'on ne peut que déduire de ce qui précède que si le premier amendement présenté sur ce sujet, à savoir l'amendement n° 357, visait à prohiber les droits d'entrée pour l'ensemble des délégations de service publics c'est parce que la limitation proposée auparavant par la loi Sapin, à savoir l'interdiction des droits d'entrée sauf justification, n'était pas satisfaisante et donc nécessitait une prohibition générale sans aucune dérogation. Or la version finale de cet amendement incarnée dans l'amendement n° 11 interdisait ces droits d'entrée exclusivement dans le domaine de l'eau de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, ce qui nous place en face d'une interrogation majeure : qu'en est-il des autres types de délégations ? Si le gouvernement était forcé, pour des raisons en rapport avec la constitutionnalité de la loi, de se limiter au domaine de l'environnement, pourquoi, au long des années suivantes, n'aurait pas tenté de reposer la question pour les domaines restantes ? Le silence du législateur ne peut être qu'hostile et injustifié.

679. Pourtant, d'une façon générale, toute convention de DSP, survenue à partir du 3 janvier 1995, dans le domaine de l'eau, l'assainissement, les ordures ménagères et les autres déchets, devra respecter la nouvelle version de l'article 40. Cependant qu'en est-il des conventions déjà en cours ?

Paragraphe 2 : L'adaptation jurisprudentielle de la fixation aux situations présentes

680. Nonobstant la simplicité littéraire de la modification apportée à l'article 40 en fixant un maximum de 20 ans pour les délégations de l'eau de l'assainissement, et des ordures ménagères, son application demeure indéfinie en l'absence d'une claire observation encadrant son terrain de jeu. En effet, aucune mention ne précise si cette loi s'adresse uniquement aux délégations à venir ou concerne aussi bien les conventions existantes que les conventions ultérieures. D'ailleurs la circulaire du 10 mai 1995 relative

à l'application de cet article avait précisé que le Conseil d'Etat devrait être consulté pour ce qui concerne la prise en compte des avenants prorogeant la durée d'une délégation existante à la date d'entrée en vigueur de la loi. Reste à savoir le sort des délégations dont la durée restante, à la date d'entrée en vigueur de la loi Barnier, dépasse la durée maximale adoptée par cette loi.

681. On a dû attendre l'année 2009 pour discerner l'avis du Conseil d'Etat et adopter une solution convenable qui est, en même temps, adaptée à la loi sans qu'elle remette radicalement en question la continuité des conventions antérieures. Il s'agit de la décision *Commune d'Olivet* qui a appliqué le terme législatif à ces conventions (A)

Pourtant, l'efficacité et l'effectivité de cette décision ne seront révélées qu'en 2015, c'est-à-dire 20 ans à partir de la promulgation de la loi Barnier, ce qui nécessite une étude préalable de la mise en œuvre de la décision *Commune d'Olivet* (B).

A- Un terme législatif aux conventions antérieures

682. À vrai dire, le Conseil d'Etat s'est penché sur la question des conventions antérieures à la loi du 2 février 1995 à deux reprises marquantes : La première en 1996, par un avis rendu sur demande ministérielle, mais qui est demeurée inachevée (1), la seconde, à plus de dix ans d'écart, par une décision rendue en 2009, et qui serait, pourtant, évaluée en tant que satisfaisante (2).

1- Un avis inachevé en 1996

683. Comme le prévoit la circulaire du 10 mai 1995 *relative à l'application de l'article 75 de la loi du 2 février 1995*, le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande d'avis concernant la prise en compte des avenants ayant pour effet de proroger la durée d'une délégation de service public existante à la date d'entrée en vigueur de cette loi⁷⁵⁷. Il résulte de l'avis rendu le 20 février 1996 que le Conseil d'Etat considère⁷⁵⁸ que la consultation préalable des trésoriers-payeurs généraux s'impose pour toute délégation ou tout avenant à une délégation conclue postérieurement à la loi du 2 février 1995 et ayant

⁷⁵⁷ RM, n°33799, *JOAN Q*, Débats parlementaires, 1^{er} avril 1996, p. 1778

⁷⁵⁸ CE, Avis n° 358 595 du 20 février 1996, Section des travaux publics, *EDCE* 1997, n° 48, p. 334

pour effet de donner à la convention une durée supérieure à 20 ans ou de prolonger une convention d'une durée supérieure à vingt ans.

684. En effet, trois grandes questions ont été adressées au Conseil d'Etat par le ministre délégué auprès du ministère de l'économie et des finances chargé des finances et du commerce extérieur sur l'application de l'article 75 de la loi Barnier. La première question consistait à savoir si les principes généraux de détermination de la durée en fonction des prestations demandées du délégataire dans le cas d'une concession doivent être pris en compte. Ainsi les conventions de DSP en matière d'eau, d'assainissement et des ordures ménagères seront-elles uniquement soumises aux nouvelles dispositions de durée les concernant exclusivement, ou doivent-elles être, en plus de cela, soumises aux dispositions générales régissant la totalité des DSP ? Autrement dit, l'interdiction de dépasser les vingt ans doit-elle jouer dans le cas où les installations sont à la charge du délégataire et dans le cas inverse ou bien strictement dans ce dernier cas ? La seconde question concerne mieux l'applicabilité de l'article 75 en pointant sur la possibilité de prolongation, sur le fondement de la loi Sapin, des délégations en matière d'eau d'assainissement d'une durée initiale égale ou supérieure à 20 ans. La troisième concernait l'applicabilité des dispositions relatives à la consultation des trésoriers payeurs généraux aux conventions existantes à la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995 en cas d'un avenant prolongeant au delà de 20 ans la durée initiale de ces conventions.

685. Sur la première question le Conseil d'Etat⁷⁵⁹ clarifie que même si les délégations de l'eau de l'assainissement et des ordures ménagères dépendent de certaines dispositions particulières telle l'impossibilité de dépassement de la durée de 20 ans sauf consultation préalable du trésorier payeur général, elles demeurent cependant régies par les règles générales de l'article 40 de la loi Sapin, concernant la détermination de la durée initiale et les possibilités de prolongation. Il s'agit d'un respect concomitant de ces diverses normes. C'est une sorte de concordance entre les règles générales et spéciales. Ainsi, et concernant spécialement les concessions d'eau, d'assainissement et des ordures

⁷⁵⁹ CE, Avis n° 358 595 du 20 février 1996, Section des travaux publics, *EDCE* 1997, n° 48, p. 334, spec. p. 336

ménagères, leur durée déterminée par le délégant, ne doit dépasser la durée normale d'amortissement, et si jamais cette dernière exige une durée qui dépasse les 20 ans limitées par la loi, la consultation du trésorier payeur général s'avère obligatoire. Si cette durée est inférieure à 20 ans, cette consultation n'a pas à être faite. D'ailleurs, que la durée de la convention soit inférieure ou supérieure à 20 ans, elle ne peut jamais dépasser la durée normale d'amortissement. Ce n'est donc que lorsque l'on se situe au-delà de la « *durée normale d'amortissement* », au sens des dispositions de l'article 40, que l'exploitation du contrat produit « *un profit illégal* » dont les dispositions de la loi Barnier ont justement entendu interdire la survenance.

686. Concernant la seconde question, la réponse du Conseil d'Etat était simple et attendue : les conditions de prolongation de l'article 40 s'appliquent également aux domaines de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères. Ainsi, aucune prolongation ne peut avoir lieu au delà des deux cas prévus à l'article 40. Pourtant, au cas où cette prolongation porte sur une convention d'une durée initiale supérieure à 20 ans ou qui aurait en effet de la prolongation une durée supérieure à 20 ans, la consultation du trésorier-payeur serait forcément exigée. Un tel résultat est évidemment condamné par l'application immédiate de la loi. Ainsi, la collectivité locale doit présenter les justificatifs argumentant cette prolongation.

687. Sur la troisième question le Conseil d'Etat affirme que « *la consultation préalable des trésoriers-payeurs généraux s'impose pour tout avenant à une délégation conclue postérieurement à la loi du 2 février 1995 et ayant pour effet de donner à la convention une durée supérieure à 20 ans ou de prolonger une convention d'une durée supérieure à 20 ans* »⁷⁶⁰. Par conséquent la collectivité doit saisir le trésorier payeur général, pour examen, de tout avenant ayant pour effet de prolonger au delà de 20 ans, à partir du 3 janvier 1995, une délégation existante⁷⁶¹.

688. En revanche, et concernant spécifiquement la troisième question, la réponse du Conseil d'Etat ne peut être qualifiée que de fragmentaire et inachevée. En

⁷⁶⁰ Idem

⁷⁶¹ Circulaire du ministre du budget, du 20 novembre 1996, portant complément à la circulaire du 10 mai 1995, relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO du 25 janvier 1997, p. 1301, spec. p. 1302

effet, le Conseil d'Etat ne s'est intéressé qu'aux avenants conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Barnier et ayant pour effet de donner à la convention une durée supérieure à 20 ans ou de prolonger une convention existante d'une durée supérieure à 20 ans. Ainsi, le Conseil d'Etat n'a traité la question de l'applicabilité de l'article 75 sur les conventions existantes que du point de vue de la prolongation postérieure de ces conventions pour une durée totale dépassant les 20 ans fixées par la loi. Le Conseil d'Etat s'est contenté de résoudre la moitié du problème qui se pose aux conventions existantes à la date de l'entrée en vigueur de la loi sans pour autant proposer un arrangement complet des questions concernant l'applicabilité de la loi sur les délégations existantes surtout celles dont la durée résiduelle d'exécution dépasse, à la date d'entrée de la loi, la durée maximale des 20 années !

2- Une décision satisfaisante en 2009

689. Si la réponse à ces trois questions était assez suffisante et ne nécessitait qu'une simple intervention du juge administratif pour la clarifier, il ne serait pas pareil concernant la question de savoir si ces nouvelles dispositions s'appliqueront aux conventions en cours dont leurs durées d'exécution excèdent, à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la durée désormais légalement limitée. Et dans l'affirmative, comment procéder à cette application.

690. Ce n'est qu'avec la décision du 8 avril 2009⁷⁶² que le Conseil d'Etat, tout en rappelant que les lois Sapin et Barnier répondent à un impératif d'ordre public qui est de garantir le libre accès des opérateurs économiques à l'octroi des délégations de service public par une remise en concurrence périodique des contrats⁷⁶³ ainsi que la transparence des procédures de passation des DSP, qu'il a rendu applicables les dispositions législatives concernant l'encadrement de la durée aux conventions de DSP existantes à la date d'entrée de la loi du 2 février 1995. Il tranche, ainsi, une question particulièrement sensible.

⁷⁶² GEFFRAY Edouard, Conclusions sur CE du 8 avril 2009, n° 271737 et 271782, *Commune d'Olivet-Compagnie générale des eaux*, Rec. 2010, p. 117

⁷⁶³ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} édition, Paris, 2011, p. 187

691. Dans ses conclusions, Edouard Geffray, soulignait qu' « *en limitant ainsi la durée des délégations de service public, les lois de 1993 et 1995 visent donc le cœur du mécanisme : la durée de délégation constitue l'élément déterminant de son équilibre, ou de ses abus. C'est d'elle que naissent les « rentes de situation » alors combattues ; c'est également au regard de la durée que sont déterminés les tarifs et la rémunération du délégataire* ».

Cette jurisprudence explique, que l'application de la loi Barnier n'entraîne pas la nullité des contrats conclus avant son entrée en vigueur pour des durées incompatibles avec ses dispositions, elle ne contraint pas non plus les parties à modifier la durée de ces contrats. Cependant, « *les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte* ». Pour aboutir à cette solution le Conseil d'État part du principe général de sécurité juridique et des règles d'application des lois nouvelles aux contrats en cours qui en découlent⁷⁶⁴.

692. Ainsi, dans sa décision du 8 avril 2009, le Conseil d'État a saisi l'occasion d'approfondir sa jurisprudence relative à la question des effets d'une loi nouvelle sur l'exécution des contrats en cours. Dès lors, cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne droite de l'arrêt KPMG⁷⁶⁵. En l'espèce, le Conseil d'État avait considéré, en l'absence de disposition législative explicite, que la loi « *ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ces dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et que s'il n'est dès lors pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle* ». Cependant, concernant la décision du 8 avril 2009, les lois de 1993 et 1995 ayant été silencieuses sur l'application immédiate de leurs dispositions relatives à la durée des délégations de service public, le Conseil d'État s'est donc demandé si de telles dispositions étaient d'ordre public. Il n'a pas eu de peine à

⁷⁶⁴ ECKERT Gabriel, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, «Durée des délégations de service public conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la « loi Sapin » du 29 janvier 1993», *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2009, comm. 164, p. 27, spec. p. 28

⁷⁶⁵ CE, 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG et autres*, Rec. p. 154

répondre positivement⁷⁶⁶. En effet, quoique l'application de dispositions législatives nouvelles aux contrats en cours puisse affecter le principe de la liberté contractuelle, tant que ce n'est pas le contrat lui-même qui la stipule, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle du Conseil d'État, ont ouvert, et à plusieurs reprises, la possibilité d'interférer dans la liberté contractuelle⁷⁶⁷. Le juge judiciaire et le juge communautaire n'y sont pas non plus hostiles⁷⁶⁸.

693. Cette jurisprudence montre, de même, un intérêt supplémentaire de l'application de la loi de 1993 sur les contrats antérieurs. En effet, la loi de 1993, par la limitation de la durée, empêche la confiscation de la gestion de service public par des opérateurs privés, et la constitution de quasi monopoles dans un secteur déjà concentré. Dans ce sens, le rapporteur public a considéré que l'adoption d'une solution inverse heurterait le sens commun. Ainsi, si la loi ne devait s'appliquer qu'aux seuls contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, cela reviendrait en grande partie à la priver d'effet parce que « *des différences de situation considérables s'établiraient entre conventions « sanctuarisées » en raison de leur ancienneté et conventions nouvelles, seules soumises aux exigences issues des règles communautaires et à celles progressivement dégagées par le juge constitutionnel* »⁷⁶⁹. En plus, accepter l'existence de diverses situations juridiques revient à porter atteinte à l'égalité des usagers devant les services publics. En outre, si la Cour de justice des Communautés européennes ne s'est jamais prononcée sur le fait que la durée excessive d'une concession de service public pourrait constituer une aide d'Etat, la Commission européenne considère pour sa part qu'il s'agit d'un avantage concurrentiel injustifié, constitutif d'une aide d'Etat. Donc, une délégation de service public ne peut plus être régulièrement exécutée au-delà de la durée maximale désormais autorisée par l'article 40 de cette loi à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci, sauf à ce qu'elle soit prolongée par avenant si la durée d'amortissement des

⁷⁶⁶ PLESSIX Benoît, Note sous CE du 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, « Application immédiate des dispositions de la loi Sapin relatives à la durée des délégations de service public », *Revue juridique de l'économie publique* n° 668, Octobre 2009, comm. 41, p. 19, spec. p. 22

⁷⁶⁷ ORSONI Gilbert, « Délégation de service public : Loi Sapin », *RTD Com.*, 2009, p. 699

⁷⁶⁸ LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien, « La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public : une application immédiate à effet différé », *AJDA* 2009, p. 1090, spec p. 1093

⁷⁶⁹ *Ibid.*, spec. p. 1094

installations le justifie.

694. Cette jurisprudence a, donc, joué un rôle important dans la détermination du champ d'application de la loi Sapin. Dans un sens global, le Conseil d'Etat a déduit des dispositions de l'article 40 de la loi Sapin deux conséquences pour les délégations de service public en cours : La première représente une obligation envers les parties de la convention concluant un avenant relatif à la prolongation de la durée contractuelle postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Sapin. Cette obligation est de respecter les nouvelles obligations définies par son article 40. La seconde consiste en ce que les conventions de délégation de service public ne peuvent plus être régulièrement exécutées au-delà de la durée maximale désormais fixée par la loi, à savoir 20 ans, calculée à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci⁷⁷⁰.

695. Cet arrêt impose, désormais, aux collectivités et à leurs délégataires de service public de revoir les clauses relatives à la durée de leurs contrats en cours d'exécution conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, afin de s'assurer que la limitation de leur durée, décomptée à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, n'est pas et ne sera pas dépassée.

696. Demeure un point problématique qui n'a jamais été éclairé, ni par l'avis de 1996 ni par la décision de 2009 ; il s'agit de la question des droits d'entrée. S'il est évident que la loi Barnier a interdit ce type de charges dans les délégations d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, elle n'a pas précisé le sort des conventions existantes qui ont prévu une telle clause. Ainsi, le délégataire qui s'est exposé à de tels droits au démarrage de son contrat et qui n'ont pu être amortis sur la durée de celui-ci, serait-il justifié à demander une prolongation de l'exécution du contrat au-delà de 2015 ?

697. L'instruction du 7 décembre 2010 répond sans ambiguïté par l'affirmative à cette question lorsqu'elle indique : « *Les notions de nature des prestations ou d'investissements à réaliser pourront inclure des éléments que le droit actuellement en*

⁷⁷⁰ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} édition, Paris, 2011, p. 188

vigueur n'admet plus, comme le versement de droits d'entrée »⁷⁷¹.

B- La mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*

698. Avec l'arrêt *Commune d'Olivet* le Conseil d'Etat a ouvert une brèche dans le mur de la politique anciennement pratiquée en matière des conventions de délégation de service public. Désormais, tous ces contrats, qu'ils soient en cours ou à conclure devront respecter les dispositions de l'article 40 modifié de la loi Sapin, et ne peuvent par la suite se prévaloir de leur date de conclusion, antérieure à la loi Barnier, pour échapper à l'application immédiate des dispositions de celle-ci.

699. Cependant, « *il est toujours périlleux de tenter de discerner à chaud les conséquences d'une décision aussi novatrice* »⁷⁷², c'est pourquoi, la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* suscite une interrogation sur l'adaptabilité de celle-ci avec les jurisprudences postérieures (1) et les questions qu'elles évoquent. De même, il serait probablement temps de s'inquiéter sur l'application de la décision *Commune d'Olivet*, aux conventions en cours, la veille du 3 janvier 2015 (2), terme fixé par la décision elle-même.

1- L'adaptabilité de la décision *Commune d'Olivet* avec la jurisprudence ultérieure

700. L'innovation qu'a apportée la décision *Commune d'Olivet* pousse la jurisprudence postérieure à déterminer les conséquences exactes de la reconnaissance de l'application de la loi Sapin aux situations contractuelles en cours ainsi que l'adaptabilité de cette solution avec les nouvelles questions qui peuvent surgir.

701. En effet, d'une façon générale, le fil de la jurisprudence résout des points conflictuels, mais, sollicite également l'attention sur des nouvelles questions polémiques

⁷⁷¹ Instruction n° 10-029-MO du 7 décembre 2010 de la direction générale des finances publiques sur les conséquences de l'arrêt *Commune d'Olivet* : durée des délégations de service public, *Bulletin officielle de la Comptabilité publique*, décembre 2010

⁷⁷² LINDITCH Florian, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, « De la caducité contractuelle et de ses conséquences sur les contrats dont la durée excède celle de l'amortissement des investissements », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 25, 15 Juin 2009, 2147, p. 29

qui occupent l'opinion publique et juridique pour un certain laps de temps avant de voir naître, de nouveau, une solution jurisprudentielle convenable. Ainsi, à supposer qu'avec la décision *Commune d'Olivet* aucune interprétation supplémentaire sur l'application de la durée maximale de 20 ans en matière de l'eau de l'assainissement et des déchets sur les nouvelles conventions ou même en cours n'est requise, l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 8 février 2010, *Commune Chartres*, remet en scène la discussion sur la composition de la durée contractuelle mais cette fois-ci concernant la composition de la durée maximale. Rappelons que dans la décision *Commune Chartres* le juge administratif décida que : « *le point de départ de l'amortissement étant la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage, il convient afin d'évaluer la durée maximale de la délégation d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée normale d'amortissement* ».

702. Dès lors, en transposant cette décision au domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, il convenait de savoir si la durée de réalisation des travaux entraine ou non dans l'appréciation de la durée de la délégation de service public, ainsi de savoir si la durée maximale est celle de 20 ans incluant le temps de réalisation des travaux ou non. Autrement dit, la règle dégagée de l'arrêt *Commune Chartres* concerne-t-elle l'ensemble des délégations de service public à l'exception de celles conclues dans le domaine de l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères et les autres déchets qui sont soumis à des règles spécifiques en matière de calcul de la durée ou bien concerne-t-elle tout type de délégation sans exception ? La réponse à cette question pourrait être dégagée de l'ancien avis rendu par le Conseil d'Etat en 1996 aux termes duquel les délégations dans le domaine de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères doivent répondre aux exigences de l'article 40 qui les concernent et concernent les autres délégations en même temps. Ainsi si la durée maximale de l'article 40 définie comme la durée normale d'amortissement ne comprend pas la durée nécessaire pour la réalisation des installations, la durée maximale de 20 ans, dans le domaine de l'environnement, ne doit aussi pas la contenir.

Cependant, la doctrine n'est pas unanime sur ce point là. Ainsi certains auteurs ont considéré que la jurisprudence *Commune Chartres* ne trouve son application qu'à

l'ensemble des contrats de délégation dont la durée n'est pas limitée par les textes, c'est-à-dire à l'exception du domaine de l'eau, l'assainissement, les ordures ménagères et les casinos⁷⁷³.

703. D'ailleurs, un arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Lyon en 2011 contribua à exclure cette hypothèse en jugeant que « *la durée maximale de vingt ans, prévue pour les délégations de service public consenties dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, 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 de travaux* »⁷⁷⁴.

Ainsi, le fil de jurisprudence entre 2009 et 2011 a consolidé l'idée selon laquelle le temps de réalisation des installations, dans tout type de délégation, ne devait pas venir s'imputer sur la durée maximale des délégations de service public.

704. En effet, Cette solution présente une certaine logique. Il n'y a point de doute que tant que les installations sur lesquelles incombe l'exercice de l'activité de service public déléguée ne sont pas achevées, la délégation du service public ne peut point être pleinement effective. Dans cette mesure, l'exploitation du service public par le délégataire ne prendra pas place et le service public continue à être géré comme auparavant, jusqu'à la mise en service finale des installations. « *L'article L. 1411-2 du CGCT n'encadre d'ailleurs pas la durée de réalisation des travaux sur laquelle nous n'avons pas vu que le juge exerce un contrôle. En outre, celle-ci n'est pas réellement prévisible, les retards dans l'exécution des travaux étant chose courante, surtout lorsque doivent être réalisées des installations d'une telle importance* »⁷⁷⁵.

705. Reste à savoir si la consultation du trésorier-payeur général est requise au cas où la durée de la convention dépasse les vingt ans en raison de la réalisation des

⁷⁷³ VILA Jean-Baptiste Note sous CE, 8 février 2010, n°323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », *prec.*, *spec.* p. 27

⁷⁷⁴ VINET Camille, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536 « Appréciation de la durée d'un contrat de délégation de service public », *AJDA* 23 janvier 2012 p. 83, *spec.* p. 84

⁷⁷⁵ *Ibid.*, *spec.* p. 85

installations sans que la durée de l'exploitation en elle-même dépasse ce plafond. Sur ce point, la Cour d'Appel énonçait que : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la durée d'exploitation effective par le délégataire de l'usine d'incinération étant en l'espèce de vingt années, le Valtom n'avait pas à solliciter l'examen préalable du trésorier-payeur général* »⁷⁷⁶. Cependant, à notre avis, la consultation de ce dernier demeure nécessaire. En effet, le raisonnement de la cour a été largement critiqué car il contredit la logique du Conseil d'Etat dans son arrêt *Commune Chartres*. Dans ce sens, enfermer le contrôle du trésorier-payeur général à la seule durée d'exploitation revient « *à déconnecter les éléments financiers du contrat non seulement des investissements à réaliser, mais aussi du temps nécessaire à leur retour sur investissements* »⁷⁷⁷. Dans ce cas, le rôle du trésorier-payeur général serait « *de procéder à la comparaison entre la durée de la délégation et celle qui sera nécessaire à l'amortissement des investissements, eu égard à leur nature et leur montant, et non de délivrer un avis sur la durée de réalisation des installations* »⁷⁷⁸.

2- L'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* la veille de l'an 2015

706. La jurisprudence *Commune d'Olivet* avait mis en œuvre un terme à l'ensemble des conventions existantes à la date de l'entrée de la loi du 2 février 1995. Ces conventions doivent prendre fin le 2 février 2015. A l'approche de l'échéance de ce terme, diverses questions se posent et auxquelles les réponses ne sont que des suppositions.

707. Cette jurisprudence pose en effet un certain nombre de difficultés qui incombent à la fois sur les collectivités et sur les délégataires sortants. Il s'agit surtout, d'une part, du risque indemnitaire auquel la collectivité pourrait éventuellement faire face en cas de l'interruption du contrat avant son terme (a) initialement prévu, et d'autre part de la possibilité de dresser la liste des « *justifications particulières* » (b) susceptibles

⁷⁷⁶ VILA Jean-Baptiste, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, *Société Veolia propreté*, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A*, n° 26, 2 juillet 2012, 2226, p. 14, spec. p. 15

⁷⁷⁷ Ibid, spec. p. 17

⁷⁷⁸ VINET Camille, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536 « Appréciation de la durée d'un contrat de délégation de service public », prec., spec p. 85

d'autoriser la poursuite de l'exécution des conventions au-delà du 3 février 2015.

a- Un risque indemnitaire encouru

708. Le droit à l'indemnisation puise sa force dans le droit interne français et spécifiquement des règles générales régissant les contrats administratifs et des prorogatifs de la puissance publique qui accordent à la personne publique la possibilité de résilier unilatéralement un contrat pour des raisons d'intérêt général à condition de rétablir l'équilibre financier du contrat en indemnisant le cocontractant. De ce fait, tout préjudice subi en tant que conséquence directe de l'extinction anticipée des obligations contractuelles justifie une indemnisation totale.

709. Ce droit indemnitaire trouve également son appui dans l'avis du Conseil d'Etat du 9 avril 2005 dans lequel il affirme que « *La rupture anticipée d'une délégation autre qu'une concession, même en l'absence de faute du délégataire, pour un motif d'intérêt général ou évènement de force majeure, est toujours possible mais donne lieu à une indemnisation de l'entier préjudice du cocontractant de la collectivité* »⁷⁷⁹. Il résulte ainsi que toute part non amortie des investissements établis par le délégataire évincé serait sujet d'indemnisation.

710. Dans l'hypothèse où le contrat n'est pas complètement amorti, l'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* placera la commune devant deux choix : opter pour la prolongation de la convention au-delà du 3 février 2015, évidemment après un avis favorable du directeur départemental des finances publiques, ou opter pour la résiliation des contrats à compter du 3 février 2015, cependant elle sera exposée, dans ce dernier cas, au devoir d'indemniser le délégataire de l'intégralité des investissements non amortis, ainsi que du gain manqué dont il a été indument privé.

711. Une autre vision sur ce point a été clarifiée par un récent arrêt de la Cour administrative d'Appel de Nancy, le 17 janvier 2013, *Société Vivendi*, qui considéra qu'il appartient au juge saisi d'un litige relatif à la résiliation d'une convention de délégation de

⁷⁷⁹ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 201

service public conclue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, « *de s'assurer que ce contrat n'aurait pas cessé de pouvoir être régulièrement exécuté en raison d'une durée d'exécution excédant, à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la durée désormais légalement limitée en fonction de la nature des prestations ou, dans le cas où les installations sont à la charge du délégataire, en fonction de l'investissement à réaliser, et, en tout état de cause, pour un affermage du service de distribution d'eau potable, excédant une durée de vingt ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, sauf justifications particulières qui auraient alors été préalablement soumises à l'examen du trésorier-payeur général* »⁷⁸⁰. De même, sur le terrain de la demande indemnitaire, la cour indiqua que « *le motif même de la résiliation de la convention fait obstacle à ce que la société Vivendi soit indemnisée, ainsi qu'elle le demande, du préjudice résultant du manque à gagner pour la période postérieure à la résiliation* ».

712. Pourtant il importe de remarquer que la caducité du contrat à l'arrivée du terme n'est pas automatique étant donné que la loi Barnier ne crée qu'une procédure de contrôle préventif de la durée au-delà de 20 ans⁷⁸¹. En effet, les conclusions du rapporteur public sur la décision du 8 avril 2009 indiquent que « *pour les conventions relatives à l'eau, l'assainissement et les déchets, comme c'est le cas en l'espèce, la durée maximale ayant été fixée par la loi à vingt ans, en février 1995, ces contrats ne pourront donc plus régulièrement s'exécuter à compter de février 2015 sauf dérogation* ». Ce « *sauf dérogation* » est essentiel et paraît clairement éviter la caducité automatique de toute convention supérieure à 20 ans.

b- Une liste vague des « *justifications particulières* »

713. À cet égard, l'ambiguïté de l'arrêt *Commune d'Olivet* est qu'il prévoit uniquement la soumission des « *justifications particulières* » à l'examen du « *trésorier-payeur général* », sans, néanmoins, préciser ni la nature desdites justifications, ni les

⁷⁸⁰ ECKERT Gabriel, Note CAA Nancy, 17 janvier 2013, n° 11NC00809, *Société Vivendi*, « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2013, comm. 83

⁷⁸¹ LINDITCH Florian, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, « De la caducité contractuelle et de ses conséquences sur les contrats dont la durée excède celle de l'amortissement des investissements », *prec.*, spec. p. 31

conditions de la saisine de celui-ci⁷⁸². Ainsi, à qui revient le droit d'engager le processus de saisine du trésorier-payeur général : serait-il uniquement saisi par l'autorité délégante ou peut-il également s'autosaisir, éventuellement à la demande du délégataire ? Même si l'arrêt *Commune d'Olivet* ne l'a pas précisé expressément, la réponse logique serait l'exclusivité du droit de l'autorité délégante à la saisine du trésorier-payeur général, ne serait-ce que parce que l'arrêt se fonde expressément sur l'article 75 de la loi du 2 février 1995.

714. En outre, une question se pose concernant les « *justifications particulières* » susceptibles de permettre une confirmation de la durée de la délégation de service public. Il serait plus avantageux que celles-ci ne se limitent pas à la seule question de l'amortissement des investissements réalisés par le délégataire. Même si dans ses conclusions, le rapporteur public n'avait évoqué que la nature du service délégué et la durée d'amortissement, « *c'est bien l'économie générale du contrat qui doit être prise en compte et donc, comme l'a considéré le Conseil d'État, toutes « justifications particulières » permettant de confirmer la durée initiale* »⁷⁸³.

715. Ainsi, l'important c'est que ces « *justifications particulières* » renvoient essentiellement à des spécificités qui tiennent au contrat lui-même. De ce fait, toute justification, tout élément permettant de justifier la durée du contrat devrait pouvoir être pris en compte.

716. Dès lors, en s'appuyant sur l'avis du Conseil d'Etat de 1996 qui a soumis les conventions de DSP en matière d'eau, d'assainissement et des ordures ménagères à l'ensemble des dispositions de l'article 40 de la loi Sapin, il convient de rappeler que la durée maximale de vingt ans peut être dépassée non seulement en raison de la « *durée normale d'amortissement des installations* », mais également en raison des « *prestations demandées au délégataire* ». Toutefois, la notion de prestation doit être prise dans son

⁷⁸² BRACONNIER Stéphane, DOURLENS Nicolas, DE MOUSTIER Roland, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2013, p. 5, spec. C-2

⁷⁸³ BRACONNIER Stéphane, DOURLENS Nicolas, DE MOUSTIER Roland, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2013, p. 5, spec. C-2

sens large qui englobe les prestations matérielles mises à la charge du délégataire, ainsi que l'ensemble des charges que le contrat fait peser sur le délégataire.

717. De façon générale, l'examen de ce type de « *justifications particulières* », est le plus aisé⁷⁸⁴ en raison de la possibilité de consulter à tout moment le degré d'amortissement d'un bien déterminé et la durée restante nécessaire pour achever l'amortissement. Pourtant, et depuis l'intervention de l'arrêt *Société Maison Comba*, la notion d'amortissement, qui s'écarte désormais de la notion classique d'amortissement comptable, n'est plus simple à saisir. Il incombe, depuis, au directeur départemental des finances publiques saisi de s'assurer que l'ensemble des charges du délégataire a été couvert par ses recettes tout le long de la durée d'exécution du contrat et qu'il a bénéficié en plus d'un « *bénéfice raisonnable* » pour l'exploitation du service. A son tour, l'instruction du 7 décembre 2010 a reconnu ce mode de calcul, sans pour autant clarifier le montant et le mode de calcul de ce bénéfice dit raisonnable ce qui empêche de clore ce débat. Ainsi, si les parties arrivent à prouver que les investissements à la charge du délégataire n'ont pas été amortis en leur totalité à la date du 3 février 2015 et/ou que les recettes encaissées pendant l'exécution n'ont pas couvert l'ensemble des charges, avec la prise en compte d'un bénéfice raisonnable, on serait devant une justification particulière, au sens de l'arrêt *Commune d'Olivet*.

718. Cependant, la doctrine penche souvent pour une acception relativement large des justifications permettant de confirmer la durée d'une DSP en considérant qu'elle ne doit pas se limiter aux seuls amortissements des investissements. Ainsi, la pratique a récemment classé ces justificatifs sous trois ordres de considération : « *la durée d'amortissement des biens et la nature des prestations demandées, le risque indemnitaire encouru par la collectivité en cas de fin anticipée du contrat, et aussi les effets éventuels sur les tarifs du service d'une telle situation* »⁷⁸⁵

719. D'ailleurs, et concernant le refus de la collectivité de la prise en considération des justifications bien fondées, l'instruction du 7 décembre 2010 attire son

⁷⁸⁴ LE CHATELIER Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* ? », *AJDA* 3 juin 2013 p. 1092, spec. p. 1095

⁷⁸⁵ LE CHATELIER Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* ? », *AJDA* 3 juin 2013 p. 1092, spec. p. 1095

attention « sur le fait que le refus de confirmer la durée contractuelle, alors que cela correspondrait à des justifications particulières, pourrait exposer cette dernière à un contentieux indemnitaire ».

720. Finalement, pour assurer la sécurité juridique des contrats en cours, l'avis du trésorier-payeur général devra être sollicité bien avant le 3 février 2015, de telle sorte que la collectivité soit prête, une fois que les clauses ne seront plus susceptibles d'être exécutées, ou même avant, à l'étape suivante : prolongation de la délégation ou reprise du service. « Il est par conséquent demandé aux directions locales de prendre la tâche des collectivités et établissements concernés pour les informer de cette obligation et organiser l'examen des justifications à leur présenter. Les associations départementales de maires pourront être sollicitées pour relayer cette information »⁷⁸⁶.

721. Cependant, avant de conclure il serait exigeant d'affirmer que cette mission d'interrompre la convention qui excède, à compter de l'entrée en vigueur de la loi Barnier, les 20 ans prescrites dans la loi ne prend point la place du droit du juge administratif de constater la nullité des avenants prolongeant la convention si ceux-ci présentent un caractère illicite telle l'erreur manifeste d'appréciation⁷⁸⁷.

D'une façon générale, au cas où la démarche de la fixation du plafond contractuel des DSP dans le domaine de l'environnement a réussi à atteindre ses objectifs, il serait opportun de la transporter à d'autres domaines de service public, si elle n'y existe pas déjà, pour en profiter de ses résultats.

Section II: La redondance du principe de fixation dans d'autres domaines

722. La fixation d'un plafond dans le domaine de l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères et les autres déchets était justifiée pour protéger les services dont les usagers représentent une clientèle captive des grandes entreprises

⁷⁸⁶ Instruction n° 10-029-MO du 7 décembre 2010 de la direction générale des finances publiques sur les conséquences de l'arrêt *Commune d'Olivet* : durée des délégations de service public, *Bulletin officielle de la Comptabilité publique*, décembre 2010

⁷⁸⁷ TA Châlons-en-Champagne, 17 mars 2011, n° 0802454, « Contentieux contractuel : l'erreur manifeste d'appréciation quant à la durée d'un affermage est un vice d'une particulière gravité », *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, 2011, p. 296

dominantes sur le marché.

723. En effet, depuis que la loi Sapin est venue imposer la fixation de la durée de toute convention de délégation de service public par la personne publique, la venue d'une loi postérieure pour fixer un plafond à certains types de délégation est loin d'être surprenante même si elle n'est pas, à notre avis, encouragée. Autrement, tant que le législateur a osé ébranler le mur du principe sacré de la liberté d'administration des collectivités territoriales, rien n'est étonnant s'il va encore au delà de ce stade.

724. En revanche, ce qui est surprenant c'est que la fixation d'un plafond législatif en matière des délégations de service public n'est pas l'œuvre de la loi du 2 février 1995 mais date d'une époque plus lointaine. Il s'agit en effet d'une adoption antérieure de la fixation dans le domaine des remontées mécaniques ainsi que dans le domaine des casinos. Dès lors, la fixation d'une durée maximale n'est plus réservée au domaine de l'environnement, mais au contraire on assiste à une préexistence de délégations à des durées plafonnées (paragraphe 1).

Cette expérience législative a été transportée au Liban avec un succès, cependant, moins redondant étant donné qu'on continue jusqu'à présent à parler d'une tentative libanaise de fixation législative du plafond (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La préexistence de délégations de service public à durées plafonnées

725. Comme on vient de le dire, la fixation de la durée maximale n'a pas débuté dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. Peut être elle y était la première depuis 1993, nonobstant elle existait auparavant dans différents domaines telles les remontées mécaniques et les casinos.

726. Cependant, si la fixation règlementaire de la durée maximale dans le domaine des casinos (A) a été bien accueillie et n'a pas connu une large contestation étant donné que les législations dans ce domaine appartenaient à une époque bien lointaine où la délégation de service public n'était pas complètement codifiée et était régie par des principes préliminaires différents de ceux présents à nos jours, et où la liberté d'administration des collectivités territoriales était moins éprouvée, la fixation législative

du plafond dans le domaine des remontées mécaniques (B) était censée, pour sa part, occuper fortement l'opinion publique en raison de la date de son adoption, à savoir trois ans après la survenue de la loi du 2 mars 1982, date de l'adoption de la liberté totale d'administration pour les collectivités territoriales. Ainsi l'on s'attendait au moins à un débat parlementaire semblable à celui qui a eu lieu lors de l'adoption de la loi Barnier.

A- La fixation réglementaire du plafond dans le domaine des casinos

727. Les délégations dans le domaine des casinos ne datent pas d'hier. Ce domaine a été, pour longtemps, considéré et demeure comme un service public particulier (1). D'ailleurs, la fixation de la durée maximale de ces délégations est aussi ancienne et date des années 50. C'est avec l'arrêté du 23 décembre 1959⁷⁸⁸ que les casinos se sont inscrits dans la catégorie des services publics à durée plafonnée (2).

1- Les casinos, un service public particulier

728. Les casinos sont des équipements structurants, qui participent au rayonnement touristique et culturel des communes. Ils génèrent, en particulier, pour les collectivités des recettes financières directes non négligeables par le biais notamment du prélèvement communal⁷⁸⁹.

Dans son article 1^{er}, l'arrêté du 23 décembre 1959 définit les casinos comme suivant : « *Un casino est un établissement comportant trois activités distinctes : le spectacle, la restauration et le jeu, réunies sous une direction unique sans qu'aucune d'elles puisse être affermée* ».

729. Il est traditionnellement admis que les concessions de casino constituent des délégations de service public. Dans ce sens, et dès 1918, le Conseil d'État a admis dans sa décision *Société générale thermale et balnéaire*⁷⁹⁰ que la concession de l'exploitation du casino et de l'établissement thermal de Luchon, avec les sources

⁷⁸⁸ Arrêté interministériel du 23 décembre 1959 portant réglementation des jeux dans les casinos, JO, p 12490

⁷⁸⁹ BRACONNIER Stéphane, MOURIESSE Xavier, « Des spécificités des délégations de service public des casinos (partie 1) », *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2013, p.1

⁷⁹⁰ CE, 28 juin 1918, *Société générale thermale et balnéaire*, Rec. 1918, p. 641

minérales dont la commune était propriétaire, avait « *dans son ensemble, le caractère d'un contrat de concession d'un service public* ». En 1966, l'exploitation du casino de Royan « *avec tout ce que comporte un semblable établissement, tels que représentations théâtrales, concerts, bals, salle de lecture et bibliothèque, jeux divers, salle d'escrime, restaurant* » a été qualifiée de « *concession de service public conclue dans l'intérêt du développement de la station touristique et balnéaire* »⁷⁹¹. Mais, cette solution qui pouvait surprendre dans la mesure où les caractéristiques des jeux de hasard, et les risques qu'ils font courir aux joueurs, interdisent de leur reconnaître pour eux même un rôle d'intérêt général, était souvent contestée et n'a cessé de nourrir le débat qu'à partir du 19 mars 2012 avec la décision du Conseil d'Etat *SA Groupe Partouche* où ce dernier a clarifié les raisons de cette qualification en rappelant qu' « *en vertu de l'article 2 de la loi du 15 juin 1907 modifiée, les jeux de casino sont autorisés par arrêté du ministre de l'intérieur, sur avis conforme du conseil municipal de la commune concernée ; que ces dispositions imposent à la commune, d'une part, de conclure à cette fin avec le titulaire de l'autorisation une convention et, d'autre part, d'assortir celle-ci d'un cahier des charges fixant des obligations au cocontractant, relatives notamment à la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique ; que si ces jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public* »⁷⁹².

Comme vient le rappeler justement cet arrêt, il s'agit d'un service public d'une nature particulière et ce, eu égard à la présence consubstantielle des jeux d'argent et de hasard. Cette nature particulière se manifeste à plusieurs titres, et plus particulièrement s'agissant de l'encadrement de la durée des contrats ou encore des difficultés d'ordre concurrentiel lors des renouvellements des délégations de casinos.

⁷⁹¹ CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, Rec., 1966, p. 237

⁷⁹² CE, 19 mars 2012 n° 341562, *SA Groupe Partouche*, AJDA 2012, p. 573

2- Les casinos, un nouveau service à délégation plafonnée

730. Le service des casinos est régi par la loi du 15 juin 1907 *relative à la police des jeux*⁷⁹³ modifiée qui prévoyait dans son deuxième article que : « *Les autorisations sont accordées par le ministre de l'intérieur, après enquête et en considération d'un cahier des charges établi par le conseil municipal. L'arrêté d'autorisation fixe la durée de la concession (...)* ».

731. L'article 2 du décret du 22 décembre 1959⁷⁹⁴ pris en application de ladite loi prévoyait que l'autorisation de jeux est accordée par un arrêté du ministre de l'intérieur dans lequel il précise la nature, le « *nombre* » (celle-ci est ajoutée par le Décret n°2009-937 du 29 juillet 2009 - art. 1) des jeux et la durée de l'autorisation. Ainsi, le décret du 22 décembre ne fournit aucune information supplémentaire sur la durée des autorisations.

732. Cependant, l'arrêté interministériel du 23 décembre 1959⁷⁹⁵ *portant réglementation des jeux dans les casinos*, pris en application du décret du 22 décembre 1959 modifié, prévoit dans son quatrième article, que : « *le cahier des charges qui doit être accepté par le demandeur, indique la durée pour laquelle il est établi, sans que celle-ci puisse dépasser dix huit ans* ». Dès lors, la durée maximale de ces délégations est limitée à dix-huit ans, sans qu'aucune justification de ce choix ne soit présentée.

733. Bien que la loi du 2 mars 1982 soit venue pour rendre plus de liberté aux collectivités territoriales dans la gestion de leurs services publics en éliminant les restrictions auxquelles elles étaient exposées dans le choix du délégataire, du mode de la gestion et de la durée des délégations de service public, les collectivités n'ont pu échapper aux dispositions de la loi de 1907 qui demeurent en vigueur. Ainsi la loi de 1982 n'avait pas abrogé celle de 1907 et par la suite, les casinos continuent à être régis par leurs législations spéciales. La collectivité serait toujours obligée de respecter le

⁷⁹³ Loi du 15 juin 1907 *réglementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques*, JORF du 16 juin 1907, p. 4177

⁷⁹⁴ Décret n° 59-1489 du 22 décembre 1959, *portant réglementation des jeux dans les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques*, JO du 29 décembre 1959, p. 12489

⁷⁹⁵ Arrêté interministériel du 23 décembre 1959 *portant réglementation des jeux dans les casinos*, JO, p. 12490

plafond de 18 ans sans aucune possibilité de dérogation.

734. De même, la survenue de la loi du 29 janvier 1993 n'a pas abrogé la loi du 15 juin 1907, et par conséquent l'arrêté pris sur son fondement demeure valable et est jugé ne pas méconnaître les exigences de la libre administration.

735. En effet, l'application de la loi Sapin sur les délégations de casinos a fait le sujet d'une controverse doctrinale. En revanche, un arrêté du 9 mai 1997⁷⁹⁶ est venu modifier l'arrêté du 23 décembre 1959. Il modifia la procédure de présentation des dossiers et du choix du délégataire mais il garda les dispositions concernant la durée de ces conventions : « *la durée du cahier des charges ne peut excéder dix-huit ans* ». Sur l'application de la Loi Sapin, l'article premier de l'arrêté de 1997 dispose que le chapitre IV de la loi du 29 janvier 1993 s'applique sur les délégations des casinos. Cependant, En indiquant que les délégations doivent suivre les dispositions du chapitre IV de la loi de 1993, l'arrêté n'a pas exclu de l'application l'article 40, mais en même temps, alors qu'il a cité les autres articles en imposant la conformité de la procédure de délégation des casinos aux procédures de publicité énoncées par la loi de 1993, il n'a pas cité l'article 40.

736. Dans sa décision du 3 octobre 2003, le conseil d'Etat trancha cette incertitude en considérant que « *si les jeux de hasard sont, en principe interdits par la loi du 12 juillet 1983, il peut être créé par dérogation, dans certaines communes, des casinos avec autorisation exceptionnelle et temporaire de jeux ; que si les délégations de service public consenties, sur le fondement d'une telle autorisation, par la commune à l'exploitant d'un casino sont soumises, pour le choix du délégataire, aux dispositions de la loi du 29 janvier 1993 [...] ces délégations ne peuvent être conclues que dans le respect des exigences de la police spéciale des jeux et des conditions posées par la loi du 15 juin 1907 et les textes pris pour son application ; qu'en limitant, par la disposition contestée de l'arrêté modifié du 23 décembre 1959, à dix-huit ans la durée du cahier des charges de la délégation consentie par la commune à l'exploitant d'un casino, le ministre de l'Intérieur et le ministre chargé du Budget n'ont ni excédé les limites de la compétence*

⁷⁹⁶ Arrêté du 9 mai 1997 modifiant l'arrêté du 23 décembre 1959 modifié relatif à la réglementation des jeux dans les casinos, JORF n° 125 du 31 mai 1997, p. 8501

que la loi du 15 juin 1907 et le décret du 22 décembre 1959 leur ont attribuée, ni méconnu les exigences de la libre administration des collectivités territoriales ; que la règle spéciale qu'ils ont ainsi édictée pour les délégations de service public consenties à l'exploitant d'un casino se combine, sans les méconnaître, avec les dispositions générales issues de la loi du 29 janvier 1993 »⁷⁹⁷

737. En outre, ce qui est regrettable est qu'entre 1959 et 2007 aucune modification n'a été repérée au niveau de la durée maximale des délégations de casinos alors qu'au cours de ces années beaucoup de changements ont pris place dans la façon de gérer les services, les techniques de gestion, les modalités d'amortissements des installations. Le progrès dans ces facteurs affectant le choix de la durée aurait dû exiger au moins une modification de la durée maximale. Ce qui n'a pas eu lieu !

738. Toutefois, l'arrêté du 14 mai 2007 est venu remplacer celui du 23 décembre 1959 sans le dire puisqu'il est aussi relatif à la réglementation des jeux dans les casinos. L'arrêté considère dans son article 3 réservé à la procédure de désignation d'un exploitant de casino que « *les communes qui entrent dans le champ de la loi du 15 juin 1907 susvisée sont soumises, en cas d'ouverture et de réouverture d'un casino ainsi que lors du renouvellement du cahier des charges, aux dispositions des articles L. 1411-1 et suivant du code général des collectivités territoriales.* » l'article continue par dire que « *La durée du cahier des charges ne peut excéder 20 ans* ». Ainsi, après près de 50 ans d'attente, une nouvelle réglementation est venue modifier la durée maximale de ces délégations sans pour autant clarifier les raisons derrière ce changement. Pourquoi élargir et non pas rétrécir la durée maximale ? A-t-on besoin de plus de temps ces jours-ci pour l'amortissement des installations implantées par le délégataire ? Ou bien le nombre de charges incombant au délégataire avait-il augmenté ce qui a induit une durée plus longue pour couvrir les dépenses ?

739. D'après ce qui précède, la fixation de la durée maximale dans le domaine des casinos paraît plus ferme et plus stricte que celle dans le domaine de l'eau,

⁷⁹⁷ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 3 octobre 2003, *Commune Ramatuelle*, « Durée des délégations de service public de casinos », *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2003, comm. 235, p. 27, spec. p. 28

l'assainissement et les ordures ménagères pour la simple raison que le dépassement de la durée maximale n'est ni envisageable ni même prévu ce qui bloque la route devant toute possibilité de conclure des contrats au delà de ce plafond. Dans une suite logique à ce principe, les réglementations en la matière ne mentionnent dans aucune de leurs dispositions une éventuelle prolongation de ces contrats ainsi que les conditions de celle-ci. Elles nient de ce fait toute évocation d'une prolongation potentielle. Ainsi, quels que soient les investissements implantés dans une délégation de casino, la durée initiale du contrat est fixe et ne peut être modifiée sous aucune condition. Les parties au contrat seront dans l'obligation de jouer sur la variabilité d'autres clauses du contrat, tels les tarifs pour pouvoir couvrir les dépenses que le délégataire était dans l'obligation de verser. De même, aujourd'hui il est devenu de plus en plus admissible d'indemniser le délégataire, si à l'échéance du contrat, celui-ci n'a pas pu couvrir la totalité de ses investissements.

B- La fixation législative surprenante du plafond dans le domaine des remontées mécaniques

740. Les remontées mécaniques en montagnes ont officiellement rejoint la famille des services publics avec la décision du Conseil d'Etat du 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*⁷⁹⁸. Cette adoption a été consacrée par la loi du 9 janvier 1985 dont les dispositions ont été reprises au code du tourisme. Il résulte des articles L. 342-9 à L. 342-11 de ce code que ce service relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou des départements qui l'ont organisé avant le 10 janvier 1985. En application de l'article L. 342-13 du même code, l'exécution de ce service public est assurée soit directement par la personne publique, soit par une entreprise ayant passé à cette fin une convention avec la personne publique. Dans ce cas, si la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, la convention est une délégation de service public⁷⁹⁹.

741. La fixation de la durée maximale de ces conventions de DSP a été aussi

⁷⁹⁸ CE, 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, Rec. p. 67

⁷⁹⁹ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 198

réglée par la loi du 9 janvier 1985 dont il importe de revoir les étapes d'adoption (1), ainsi que les remarques qui s'y rapportent (2).

1- Les étapes d'adoption de la durée plafond des remontées mécaniques

742. La fixation d'un plafond pour les conventions de DSP des remontées mécaniques relève de l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985. Cet article a été à la suite abrogé par l'ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004⁸⁰⁰, puis codifié dans le code du tourisme de l'article L.342-1 à L. 342-5. La durée, a été inscrite à l'article L.342-3.

743. En effet, le projet de loi n° 2006, relatif au développement et à la protection de la montagne, prévoyait dans la version d'origine du dixième alinéa de son article 18 que *« la durée de ces contrats est modulée en fonction de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant et ne peut excéder trente ans. Cette durée ne peut toutefois excéder dix-huit ans que si elle est justifiée par la durée d'amortissement ou lorsque le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps »*.

744. La commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi a remarqué qu'en raison de l'absence de programme d'ensemble les collectivités sont parfois soumises à une succession d'opérations d'aménagements dépourvue d'équilibre et de cohérence et ceci sous la pression des investisseurs. Mais, d'autre part, l'existence parfois d'un contrat unique peut les placer dans une situation de dépendance face à un opérateur puissant qui les empêche, même en cas d'inexécution, de défendre leurs droits. C'est pourquoi la survenue de l'article 18 remédiera d'une manière astucieuse à cet état de fait et donnera aux collectivités les moyens pour maîtriser leur développement et leur aménagement touristique⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ Ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004, *relative à la partie législative du code du tourisme* - art. 5 (V) *JORF* 24 décembre 2004

⁸⁰¹ Rapport n° 2164, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 *relatif au développement et à la protection de la montagne*, Tome 1 présentation générale – examen des articles, par M. Robert DE CAUMONT, *JO AN*, documents parlementaires, 2^{ème} session ordinaire de 1983-1984, p. 95

Ces collectivités seront capables de conforter leur contrôle sur les opérations d'aménagement touristique à travers divers éléments du contrat entre autres la durée maximale des contrats. Cet article pose, en effet, le principe de la modulation de la durée des contrats en fonction de l'importance des investissements à condition que celle-ci ne puisse point dépasser 30 ans.

745. La commission considéra ces dispositions comme satisfaisantes mais se demanda s'il serait plus opportun de renvoyer à un décret en conseil d'Etat le soin de préciser la durée du contrat selon le type d'investissement⁸⁰². D'ailleurs, l'innovation de la commission était dans l'examen des éléments affectant cette durée. En effet, celle-ci ne devait seulement être liée à l'importance de l'investissement mais aussi à sa nature. Cette analyse est logique étant donné que certains investissements peuvent être rapidement amortis malgré leur importance alors que beaucoup d'autres s'amortissent moins vite bien qu'ils soient moins coûteux⁸⁰³. Dans ce cadre, la commission a suggéré un amendement rédactionnel, l'amendement n° 79, qui serait adopté par l'assemblée nationale lors de la première lecture du projet de loi⁸⁰⁴ sans qu'aucun débat n'intervienne concernant la délimitation de la durée maximale des remontées mécaniques.

746. Cependant, concernant l'application de la loi sur les contrats en cours le projet de loi ne prévoit l'application de l'article 18 qu'en cas de prolongation de ces contrats⁸⁰⁵. Ainsi, l'alinéa dernier de cet article dispose que « *lors de leur prorogation ou de leur révision, les contrats signés avant la promulgation de la présente loi doivent être mis en conformité avec les dispositions du présent article* ».

747. Pour sa part, La commission des affaires économiques et du plan du Senat reprend les arguments évoqués par la commission de l'assemblée. Ainsi elle considère que l'importance de l'article 18 c'est qu'il est venu encadrer les opérations d'aménagement touristiques dans un régime contractuel très précis, ce qui permet aux

⁸⁰² Ibid, p. 99

⁸⁰³ Idem

⁸⁰⁴ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 8 juin 1984, JO AN, n° 58, Samedi 9 juin 1984, débats parlementaires compte rendu intégral, juin-juillet 1984, p. 3129, spec. p. 3158

⁸⁰⁵ Rapport n° 2164, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 relatif au développement et à la protection de la montagne, Tome 1 présentation générale – examen des articles, par M. Robert DE CAUMONT, op. cit., p. 100

collectivités de connaître, d'orienter et de faire respecter les engagements pris⁸⁰⁶.

748. Pourtant, La commission a jugé cet article trop flou et a proposé un amendement consistant à ajouter le mot « *économique* » après le mot amortissement au dixième alinéa de l'article 18 en précisant que l'amortissement susceptible de justifier un contrat de plus de dix-huit ans était l'amortissement économique lié à la durée de vie du bien. Néanmoins, concernant la durée maximale la commission n'a évoqué aucune opposition.

749. Lors des débats parlementaires au sein du Sénat pour la première lecture du projet de loi, le président de la séance évoqua deux amendements concernant le dixième alinéa de l'article 18. Le premier est celui présenté par la commission et qui consistait à ajouter le terme économique et le deuxième est présenté par le gouvernement tendant à ajouter le terme technique après le terme amortissement⁸⁰⁷.

750. La commission justifie sa position par le souci d'éviter que la référence à l'amortissement ne soit pas purement fiscale ou comptable. Le gouvernement, pour sa part, préfère la notion d'amortissement technique en considérant que la première n'est pas précise. Mais le Sénat a opté pour l'amendement de la commission⁸⁰⁸.

751. La commission de l'Assemblée appelée encore une fois à réexaminer le projet de loi modifié par le Sénat considéra que ce type d'amortissement flou et peut être entendu de manière extrêmement extensive surtout si l'on renvoie à la notion de durée de vie du bien. C'est pourquoi elle proposa de reprendre la notion pure et simple d'amortissement⁸⁰⁹. L'Assemblée adopta lors de sa deuxième lecture cet amendement⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Rapport n° 40, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, *relatif au développement et à la protection de la montagne*, par M. Jean FAURE, Tome I expose général et examen des articles, *JO S*, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire 1984-1985, p. 94

⁸⁰⁷ Sénat, séance du 25 octobre 1984, *JOS*, n° 83, vendredi 26 octobre 1984, débats parlementaires, compte rendu octobre novembre 1984, p. 2806, spec. p. 2807

⁸⁰⁸ Ibid, spec. p. 2808

⁸⁰⁹ Rapport n° 2456, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 *relatif au développement et à la protection de la montagne* modifié par le Sénat, par M. Robert de CAUMONT, *JO AN*, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire de 1983-1984, p. 34

⁸¹⁰ Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 27 novembre 1984, *JO AN*, n° 121, mercredi 28 novembre 1984, débats parlementaires compte rendu intégral, novembre 1984, p. 6376, spec. p. 6378

752. Pour sa part, la commission des affaires économiques et du plan du Sénat opta cette fois-ci pour l'amendement du gouvernement en insérant le terme technique après le terme amortissement⁸¹¹. Le Sénat adopta cette modification⁸¹².

753. Finalement, la commission paritaire a repris la rédaction adoptée par le Sénat lors de la deuxième lecture du projet de loi. Autrement, c'est la notion d'amortissement technique qui sera adoptée pour la justification du dépassement des 18 ans et non la simple notion d'amortissement⁸¹³.

754. Par conséquent, ces contrats seront régis par l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985⁸¹⁴ aux termes duquel : « *En zone de montagne, la mise en œuvre des opérations d'aménagement touristique s'effectue sous le contrôle d'une commune, d'un groupement de communes ou d'un syndicat mixte regroupant des collectivités territoriales. Sauf recours à la formule de la régie, cette mise en œuvre s'effectue dans les conditions suivantes :*

- chaque opérateur doit contracter avec la commune ou le groupement de communes ou le syndicat mixte compétent ;

- chacun des contrats porte sur l'un ou plusieurs des objets constitutifs de l'opération touristique : études, aménagement foncier et immobilier, réalisation et gestion des équipements collectifs, construction et exploitation du réseau de remontées mécaniques, gestion des services publics, animation et promotion.

Les contrats établis à cet effet et, si un contrat porte sur plusieurs des objets constitutifs, pour chacun de ces objets prévoient à peine de nullité :

⁸¹¹ Rapport n° 120 fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi adopte avec modifications par l'assemblée nationale en deuxième lecture, *relatif au développement et à la protection de la montagne*, par M. Jean FAURE, Tome 1, examen des articles, JO S, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire de 1984-1985, p. 33

⁸¹² Sénat, séance du 14 décembre 1984, JO S, n° 116, samedi 15 décembre 1984, débats parlementaires, compte rendu décembre 1984, p. 4548, spec. p. 4569

⁸¹³ Rapport n° 170 (Sénat) et n° 2526 (Assemblée nationale) au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi *relatif au développement et à la protection de la montagne* par M. Jean FAURE (sénateur) et M. Robert DE CAUMONT (député), JO S documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire de 1984-1985, p. 5

⁸¹⁴ Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne*, JO du 10 janvier 1985, p. 320

1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou révisé ;

[...] La durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant. Elle ne peut excéder dix-huit ans que si elle est justifiée par la durée d'amortissement technique ou lorsque le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps. Elle ne peut, en aucun cas, être supérieure à trente ans.

[...] Lors de leur prorogation ou de leur révision, les contrats signés avant la publication de la présente loi doivent être mis en conformité avec les dispositions du présent article.

Les conditions d'application du présent article sont, en tant que de besoin, définies par décret ».

2- Les remarques adjointes à la fixation

755. En effet, lors de l'étude du projet de loi pour la première fois par la commission spéciale de l'Assemblée nationale, 3 membres de la commission, MM. Pierre RAYNAL, Michel COINTAT et Emmanuel AUBET, ont estimé que la disposition concernant la durée maximale s'oppose au principe de la libre administration des communes et qu'elle interdit la conclusion de certains contrats tel le bail emphytéotique. Ils considéraient qu'une telle disposition risque de décourager les investisseurs ce qui va à l'encontre même des objectifs du projet de loi⁸¹⁵.

Le président de la commission leur a assuré que leurs inquiétudes n'étaient pas fondées et que ces dispositions permettraient aux communes d'aborder la discussion des contrats d'aménagements dans de bien meilleures conditions⁸¹⁶. À l'Assemblée, les amendements de la commission ont été adoptés sans qu'aucun débat concernant la délimitation de la durée maximale des remontées mécaniques n'intervienne. Et ce point n'a plus été traité dans les examens des commissions suivantes de l'Assemblée et du Sénat.

⁸¹⁵ Rapport n° 2164, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 relatif au développement et à la protection de la montagne, Tome 1 présentation générale – examen des articles, par M. Robert DE CAUMONT, op. cit., p. 101

⁸¹⁶ Ibid, p. 102

756. Ainsi, d'une façon générale, les travaux préparatoires sur cette Loi montrent l'absence d'un débat sur la question de la durée plafond alors même que cette loi a été promulguée un peu de temps après la loi du 2 mars 1982 et avant même la promulgation de la loi Sapin qui était le pilier du domaine de la limitation de la durée des DSP. Un débat sur la liberté d'administration était normalement attendu. Ce silence surprenant nous pousse à se demander pour quelles raisons la fixation de la durée maximale ici (30 ans) n'a pas suscité de critique alors que les 20 ans que la Loi n° 95-101 du 2 février 1995 a instauré, ont été accusés de porter atteinte à la liberté d'administration des collectivités territoriales ?

757. En outre, concernant l'application de la loi aux contrats en cours, le rapport de la commission spéciale remarqua qu'un grand nombre de contrats qui s'écartent sensiblement des dispositions de l'article 18 sont en cours et que ces contrats sont conclus pour des durées qui arrivent parfois à 99 ans. Le projet de loi paraît circonspect à leur égard en ne prévoyant l'obligation de leur conformité à ladite loi qu'en cas de leur prolongation. Le rapporteur avait raison de regretter que certaines questions polémiques telle l'indemnisation qu'aurait posée une application plus hardie de la loi sur les conventions en cours n'ait pas permis d'envisager des solutions qui auraient donné à l'article 18 une portée plus universelle⁸¹⁷. Cependant cette déception pourrait être partiellement anéantie en se rappelant que la reprise des conventions existantes, à part son atteinte au principe de la stabilité contractuelle, pourrait être coûteuse pour les communes du point de vue des indemnisations qui seront dues

758. Enfin, la loi de 1995, en comparaison avec les autres législations qui ont fixé des durées plafonds, demeure la mieux placée puisqu'elle offre, en parallèle à la fixation, une possibilité de dérogation après consultation du trésorier-payeur général. Or le plafond fixé dans le domaine des casinos et des remontées mécaniques est insurmontable et ne peut être dépassé en aucun cas.

759. Cependant, aussi fragile qu'il soit, ce progrès français au niveau des législations dans le domaine des délégations de service public et les tentatives continues

⁸¹⁷ Ibid, p. 100

pour lutter contre la corruption, mettent en relief encore une fois le retard libanais à emboîter le pas français ou même à trouver son propre chemin pour préserver ses services publics, quoique, le système enregistre récemment une tentative libanaise vers la fixation du plafond de l'ensemble des conventions de délégations de service public.

Paragraphe 2 : Une tentative libanaise d'une fixation législative du plafond

760. Nonobstant que la majorité des législations libanaises dans le domaine des délégations de service public insistent sur la nécessité et l'efficacité de la détermination de la durée contractuelle sous prétexte des considérations de l'autorité nationale, la fixation d'un plafond législatif ne s'inscrivait pas parmi les préoccupations du législateur.

761. Rappelons au passage que le seul objectif constitutionnel de la limitation de la durée contractuelle était la préservation du service contre les tentatives de privatisation. Ainsi le constituant, et après lui le législateur, ne se souciaient pas par les objectifs de la transparence, de la lutte contre la corruption, de la concurrence et de la périodicité.

762. Et rappelons de même, pour ne plus y revenir, que la passation des conventions de DSP au Liban exige la promulgation d'une loi d'autorisation et que la durée contractuelle est déterminée par la personne publique dans la loi d'autorisation. Ainsi, il ne faut pas confondre entre la fixation législative de la durée d'une convention de délégation de service public bien précise et la fixation législative d'une durée plafond pour un type entier de délégation de service public. Dès lors il serait opportun de clarifier que la majorité des lois libanaises qui fixent une durée maximale de DSP constituent des lois spécifiques pour une délégation unique et momentanée d'un service public et ne ressemble en aucun point à la fixation législative de la durée maximale des délégations de service public d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets telle que précisée par la loi Barnier qui constitue une loi cadre pour ce domaine de délégations.

763. D'une façon générale, le système libanais n'a pas accordé un grand intérêt à légiférer dans le domaine des délégations de service public et surtout pas dans le domaine de la durée de ces délégations, leur fixation, prolongation et leur plafond. Ainsi,

les apports dans ce domaine ne relèvent pas des lois mais de la pratique contractuelle qui n'a jamais été contraignante, c'est pourquoi la démarche vers la fixation du plafond était restée pour une longue période timide (A).

764. D'ailleurs, dans le cadre d'un mouvement de modernisation législative mis en route depuis les années 90, on peut détecter l'apparition de la fixation d'une durée maximale dans des domaines biens limités mais qui tend à s'élargir pour comprendre l'ensemble des délégations de service public. C'est une époque de progression en matière de la fixation législative du plafond contractuel (B).

A- Des démarches timides vers la fixation du plafond

765. Quoique le législateur n'ait pas accordé à la fixation du plafond législatif, dans le domaine des DSP, aucun intérêt, la pratique contractuelle a essayé, de sa propre initiative, de présenter un model de durée maximale à suivre, et la doctrine, à son tour, a tenté de dégager, et à plusieurs reprises, de ces pratiques contractuelles des règles générales à adopter constamment et à pousser, par la suite, le législateur à les consacrer officiellement par le biais des lois cadres.

Dans cette mesure, l'expérience libanaise a reconnu un certain plafond pour certains types de délégation de service public mais qui reste, évidemment, une pratique non contraignante et dont la violation reste sans risque d'annulation de la clause contractuelle relative à la durée, ce qui permet de qualifier cette fixation d'une fixation fragile (1).

766. Pourtant, sur ce point, certains pays des alentours étaient des prédécesseurs. Ainsi, la fixation de la durée maximale des conventions de DSP y était historique, marquante et inspirante pour toute la région (2).

1- Une fixation fragile instaurée par la pratique des délégations

767. La consultation des arrêtés ministériels et des conventions de délégation de service public donne une idée de la durée maximale adoptée par la pratique sans être néanmoins approuvée par les textes législatifs. À chaque type de délégation, l'Administration a recouru à des durées contractuelles invariables dans le temps et dans

l'espace, et presque sans prise en considération de l'ampleur des installations incombant à la charge du délégataire et qui diffèrent d'un contrat à l'autre. Cet examen ne repère point une situation contractuelle seigne mais met à l'évidence l'introduction dans la pratique libanaise le principe de la fixation du plafond dans chaque type de délégation.

768. D'abord dans le domaine de la gestion du service public de restauration d'un site touristique, la consultation de trois contrats conclus dans des conditions différentes relatives au cadre spatio-temporel, montre l'adoption d'une durée similaire. Il s'agit principalement de l'arrêté n° 79 du 19 septembre 1986 qui octroyait la concession du palais du Mir Amin à la société Tourister pour 15 ans, de l'arrêté n° 117 du 9 mai 1994 par lequel le ministre du tourisme délègue le service de restauration de Tyr à la société Redcote pour une durée initiale de 15 ans, ainsi que la DSP de la restauration de Saida accordée par l'arrêté n° 116 du 9 mai 1994 pour 15 ans. Aucune raison, sauf à considérer que la durée de 15 ans est la durée maximale adoptée par l'Administration, ne justifie que soit admise la même durée pour les trois contrats ou au moins entre le premier et les deux seconds contrats. Le premier est conclu durant la guerre civile et dans une région considérée comme la moins affectée par celle-ci, alors que les 2 autres sont conclus 4 ans après la fin de la guerre. Donc, que pourrait-être la raison derrière l'admission de la même durée ? À notre avis, le choix de 15 ans dans les trois contrats ne constituait pas une simple coïncidence mais représentait la durée maximale des DSP de restauration. Car l'expérience ainsi que la mentalité politique au Liban nous ont montré, au cours des années, que la durée normalement choisie dans les contrats de délégation n'est autre que la durée maximale autorisée dans un domaine concerné. Des lors, la durée maximale décidée par l'Administration pour ce domaine est de 15 ans. Mais ceci ne veut pas dire que cette durée ne peut être surpassée puisqu'on a vu qu'elle a été prolongée dans les trois cas étant donnée que les conventions ni autorisent ni prohibent la prolongation ce qui permet à l'Administration de leur appliquer les règles générales en matière de contrats administratifs à savoir la libre administration et la liberté contractuelle. Ce qui fait perdre à la durée contractuelle et à la durée maximal tout leur sens.

769. Ensuite, concernant les délégations dans le domaine de la production, du

transport ou de la distribution de l'électricité, la pratique a prouvé que les délégations étaient données pour 40 années⁸¹⁸. Cette durée représentait également la durée maximale car les conditions dans lesquelles sont octroyées ces délégations sont différentes, étant donné que leurs zones géographiques étaient inégales aux niveaux de la population et de la dimension. Ainsi rien ne justifie la similarité de la durée que l'idée que cette durée représente la durée normale et maximale de ce genre de délégations.

770. En outre, dans le domaine du transport aérien par le moyen des câbles métalliques, la loi de 1962⁸¹⁹ relative à l'organisation de ce domaine représentait une loi cadre qui dressait les règles générales à suivre lors de la délégation de ce service public. Toutefois, cette loi était muette sur la durée maximale que peuvent avoir les délégations dans ce domaine. Ainsi, aucune disposition ne s'intéressait à la clause de la durée. Pourtant, la pratique a montré que la durée maximale était de 50 ans. En effet, deux délégations étaient octroyées à des dates différentes, et les deux conventions étaient contractées pour une durée de 50 années. La première par le biais du décret du 13 janvier 1964 concernant la délégation de la ligne téléphérique Harissa-Jounieh alors que la seconde est octroyée par le biais du décret n° 7741 du 30 avril 1974 relatif à la délégation de la ligne téléphérique Sayr-jabal el arbain. L'examen de ces deux décrets certifie que la durée de 50 ans n'est autre que la durée plafond pour ce genre de délégation, étant donné que ces lignes ne représentent ni la même altitude ni la même longueur et par la suite une différence de coût d'instauration. De même, dans ce domaine, ce plafond n'est pas contraignant et rien n'interdit donc qu'il soit franchi par une loi autorisant la prolongation de la convention pour des raisons clichées qui sont désormais connues par tous tel l'intérêt général. Ainsi les dérogations à la durée maximale lui font perdre son sens et les objectifs pour lesquels celle-ci est fixée à savoir la transparence et la périodicité.

771. Finalement, dans le domaine de l'eau, on relève, dans différents pays une évolution vers la gestion privée de ce secteur. Evolution liée à la volonté d'une gestion

⁸¹⁸ Article 21 du cahier de charge du 17 avril 1930 *correspondant la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Bhamdoun* ; Article 21 du cahier de charge du 10 décembre 1924 *correspondant la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Zahlé*.

⁸¹⁹ Loi Lib. du 1^{er} aout 1962 *relative aux lignes de transports aériens par moyens des câbles métalliques*, JO n° 32 du 8 aout 1962, p. 1254

plus équilibrée, qui répond au besoin de dégager des disponibilités financières, une modernisation et un renouvellement continu des réseaux. Cependant au Liban la gestion privée de ce service ne manifestait point un aspect de modernité et ceci en raison de la durée excessive des contrats.

772. Dans le domaine de la concession, la doctrine libanaise a précisé que la durée maximale que les contrats ne peuvent dépasser est de 75 ans⁸²⁰, durée assez longue pour un domaine qui ne nécessite plus aujourd'hui des grands investissements justifiant normalement cette longue durée. Ainsi si les premières concessions en la matière justifiaient une durée qui touche les 75 ans en raison de la construction des installations, aucune nouvelle concession ne fait la même preuve, c'est pourquoi un grand nombre de voix doctrinales se sont élevées pour renoncer à cette pratique et réclamer la promulgation d'une législation limitant les nouvelles conventions à des durées plus courtes.

773. D'une façon générale, sur le plan national et international, un tournant est intervenu depuis les années 70, à partir desquelles l'eau n'est plus considérée comme un simple bien de consommation, mais comme une ressource naturelle rare. En définitive, au défi des coûts s'ajoute pour les pouvoirs publics une incitation de plus en plus puissante jusqu'à devenir une obligation légale à concevoir les services publics d'eau et d'assainissement à l'intérieur de politiques globales de protection et de gestion de l'eau⁸²¹.

774. Dans ce sens, un comité d'experts du ministère de l'énergie et de l'eau en collaboration avec l'ambassade de la France à Beyrouth et un comité d'experts français était en cours de préparation d'un code de l'eau⁸²² depuis 2003. Le but de ce code était de regrouper l'ensemble des lois libanaises relatives à ce domaine, de garder les législations qui sont toujours opportunes, de moderniser celles qui ne sont plus valables, surtout que certaines dataient de l'empire Ottoman à l'époque de laquelle les institutions politiques

⁸²⁰ SARHAN, Albert, GEMAYEL Youssef, AYOUB Ziyad, *Le droit administratif spécial*, éditions AL HALABI, 1ère édition 2010, p. 618

⁸²¹ FIALAIRE Jacques, « Les délégations de service public d'eau et d'assainissement », *Les Petites affiches*, n° 78, 28 juin 1996, p. 14

⁸²² M. BAROUD Mahmoud, le directeur de tutelle au ministère de l'énergie et de l'eau, commissaire du gouvernement à l'établissement de l'électricité du Liban, entretien du 10/07/2012

au Liban ne ressemblaient pas à celles existantes à nos jours ce qui exigeait au moins une mise à jour au niveau des termes utilisés concernant le nom des autorités responsables de l'octroi des délégations et des procédures à suivre, ainsi que la modernisation au niveau de la nomination des nouveaux contrats non connus par les législations libanaises qui ne connaissaient, au niveau des délégations de services publics, que les contrats de concession. Ce projet visait aussi à transporter à la législation libanaise les lois en vigueur en France qui conviennent à la situation libanaise. Ce projet était accompli en 2005 mais n'a été transféré au parlement qu'en 2012. Il est toujours stocké dans ses tiroirs !

2- Une fixation historique du plafond dans certains pays de la région

775. Alors que le Liban ne connaît pas jusqu'à présent des dispositions législatives fermes limitant la durée des délégations de service public à un plafond numérique bien précis, certains pays de l'entourage arabe, comme l'Égypte, ont pris l'initiative de fixer une durée maximale de 30 ans⁸²³ pour l'ensemble des conventions de délégation de service public. En effet, il s'agit de la loi n° 129 de l'an 1947⁸²⁴ qui a prévu que les contrats de délégation de service public ne peuvent dépasser la durée de 30 ans alors qu'avant cette loi, la durée contractuelle de ces contrats pouvait atteindre 99 ans. Dans la justification de la loi, le législateur considérait qu'il n'est plus admissible en vertu de la progression économique et sociale que les contrats de DSP continuent à être octroyés pour une durée qui s'étale sur un siècle⁸²⁵. Une durée de 30 ans est un délai convenable pour que le délégataire puisse rembourser les investissements qu'il a dépensés. La loi prévoit une application immédiate non seulement sur les nouvelles conventions postérieures à la date de son entrée en vigueur mais aussi à la durée restante des conventions en cours. Ainsi, les articles 1 et 4 de ladite loi, disposent que tout contrat en cours à la date de promulgation de celle-ci continue à produire ses effets si sa durée est inférieure à 30 ans à compter de la date de promulgation de la loi. Cependant, dans le cas où la durée restante dépasse le plafond législatif de 30 ans, le contrat prendra fin

⁸²³ RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, op. cit., p. 121

⁸²⁴ ABD EL BASSET Mohammed Fouad, *Les actes de l'autorité administrative : l'acte administratif unilatéral, le contrat administratif*, p. 502 in RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, Thèse, Université Libanaise, 2000, p. 122

⁸²⁵ AL TAMMAWI Sleiman, *Les principes généraux des contrats administratifs*, Dar Al Fekr Al Arabi, 5^{ème} édition, 1991, p. 119

automatiquement, 30 ans à partir de la mise en vigueur de ladite loi.

776. D'ailleurs, preuve de la modernité de la loi égyptienne, en comparaison avec la loi de 1995 en France, la première est antérieure à cette dernière de 48 ans ce qui manifeste le progrès qu'a connu la législation égyptienne et qui a dépassé l'évolution française en matière d'eau. La seconde voie de modernité se manifeste par la solution proposée directement par la loi de 1947 concernant son application sur les contrats en cours alors que la loi de 1995 était restée inerte sur ce point en laissant forcément au juge administratif le soin d'y trouver une juste solution. Cependant, concernant la prolongation, la loi égyptienne n'a pas posé de restrictions. C'est la doctrine⁸²⁶ qui a considéré que la prolongation du contrat serait toujours possible, au cas où sa durée initiale serait inférieure à 30 ans, à condition que la durée totale du contrat ne dépasse pas les 30 ans. En revanche lorsque la durée du contrat est de 30 ans, aucune possibilité de prolongation ne sera autorisée sinon la limitation de la concession n'aura aucun intérêt. Néanmoins, la doctrine croit que l'Administration pourra toujours passer un nouveau contrat avec le même délégataire après avoir respecté les procédures de passation que la loi exige.

B- Une fixation législative en cours de progression

777. L'absence d'un cadre bien précis sous lequel s'effectuent les transactions a exposé le système libanais à des vives critiques réclamant la modernisation et la mise à jour du régime juridique libanais.

778. A partir des années 2000, le législateur libanais a fait preuve d'une rigueur dans le domaine des délégations de service public et cette rigueur s'est manifestée par la promulgation d'une série de lois contemporaines dans certains domaines telle l'électricité où est adopté un plafond dans la durée de ces contrats (1).

779. D'autre part, et dans une tactique d'élargissement du champ de la modernisation une tentative a été repérée pour la fixation d'un plafond dans l'ensemble de la gestion privée du service public (2).

⁸²⁶ JAAFAR Anas, *Les contrats administratifs*, Dar Al Nahda Al Arabiya, 3^{ème} éditions, Caire, 2003, p. 335

1- Une fixation législative dans des domaines limités

780. Même si le législateur libanais ne s'était pas ennuyé par les avantages de la fixation législative d'un plafond pour les durées des délégations de service public, il a entamé pourtant une stratégie d'insertion d'un plafond dans certaines lois cadres concernant l'organisation de la gestion de certains domaines de service public. Peu importe les raisons qui sont derrière cette fixation, l'adoption d'une telle disposition, à elle seule, dans les lois libanaises constitue un progrès applaudi.

781. Dans le domaine de l'électricité, une loi n° 462/2002 *relative à l'organisation du secteur de l'électricité au Liban*⁸²⁷ vient instaurer un cadre temporel que les nouvelles conventions ne peuvent dépasser. En effet, son article premier précise que la durée maximale de ces conventions serait 50 années. La loi ne précise pas les raisons de ce choix et évidemment personne ne s'est intéressé à les connaître. Le parlement s'est contenté de déguster le succès de la fixation du plafond de ces contrats peu importe si ce plafond s'avère exagéré et illogique. D'une durée maximale de 99 vers une durée de 50 ans, le législateur libanais a cru faire un grand pas vers le progrès de ce domaine et n'était, peu être, pas encore prêt pour amplifier son effort et dégager la durée exacte au delà de laquelle toute durée supplémentaire ne pourrait s'inscrire qu'au service d'une « *rente de situation* ».

En outre, l'article 21 de la loi prévoit que les anciennes conventions de délégations de service public en cours continuent à être régies par les lois selon lesquelles elles ont été conclues jusqu'à l'arrivée de leur terme. Ainsi, même si la durée restante, à compter de la date d'entrée en vigueur de cette loi, excède les 50 années, la convention continue à produire ses effets jusqu'à son terme initial sans aucune contrainte. La souplesse de la loi n'était pas réglée par la jurisprudence comme c'était le cas en France. Pourtant, le ministre de l'énergie entendait suivre une politique de restitution de toutes les concessions en cours dans le domaine de l'électricité en contrepartie d'une juste indemnisation⁸²⁸. Mais cette stratégie n'a pas été adoptée, d'une part parce que ces

⁸²⁷ Loi Lib n° 462/2002 du 2 septembre 2002, *relative à l'organisation du secteur de l'électricité*, JO n° 50 du 5 septembre 2002, p 5934

⁸²⁸ M. BAROUD Mahmoud, le directeur de tutelle au ministère de l'énergie et de l'eau, commissaire du

concessions ne sont pas nombreuses et ne constituent pas, de ce fait, un obstacle devant toute politique de modernisation, et d'autre part, parce que la trésorerie nationale souffre d'une carence dans les deniers publics, et ajoutons à tout cela l'absence du consentement politique sur ce point ce qui rend forcément la poursuite de ce projet quasi-impossible.

782. Cette loi est, cependant, considérée comme stricte et rigide du point de vue de la prohibition des prolongations. Ainsi aucune atteinte à la durée maximale ne peut être enregistrée. En revanche on ne peut donner un avis ferme sur ce que l'avenir pourrait nous apporter au niveau du respect de cette prohibition étant donné que l'expérience libanaise n'a jamais présenté un bon exemple. Pourtant on souhaite qu'aucun cas de force majeure ne surgisse en scène obligeant de ce fait l'Administration à prolonger les contrats !

2- Un projet de fixation dans l'ensemble de la gestion privée du service public

783. Au Liban, la privatisation ou la participation du secteur privé ou le partenariat public privé sont des titres différents pour une même opération, à savoir le partage des responsabilités entre le secteur public et privé dans l'administration d'un service public. Il semble évidemment que le secteur public était obligé d'y avoir recours pour des raisons en rapport avec la réduction des investissements que le gouvernement est censé assurer, ainsi que l'amélioration des performances financières et l'acquisition d'un service de qualité et rapide aux usagers

784. Dans ce sens la loi n° 228/2000⁸²⁹ est venue régler les opérations de privatisation au Liban. Étant donné que la notion de privatisation n'est intervenue dans le système libanais qu'à partir des années 2000, sa définition est différente de celle connue dans les pays occidentaux depuis les années 70 comme signifiant la cession de la propriété⁸³⁰. Dans sa nouvelle signification, moins rigoureuse, elle se limite à la participation du secteur privé dans l'administration du secteur public. En effet, la

gouvernement à l'établissement de l'électricité du Liban, entretien du 10/07/2012

⁸²⁹ Loi Lib n° 228/2000 du 31 mai 2000, *relative à l'organisation des opérations de privatisation et la détermination des conditions et des domaines de son application*, JO n° 24 du 2 juin 2000, p 1751

⁸³⁰ ZEIN Wael, « Lecture dans la loi n° 228/2000 *relative à l'organisation des opérations de privatisation et la détermination des conditions et des domaines de son application* », *La vie parlementaire*, n° 81, décembre 2011, p. 112

conception de la privatisation dans cette loi était très large, Dès lors, le degré de cette privatisation varie d'une simple gestion privée du secteur public allant exceptionnellement jusqu'à une vente complète passant par les contrats de BOT et de BOOT. Ainsi, la privatisation a été définie dans l'article 1^{er} de la loi comme étant un « *Transfert en partie ou dans sa totalité, d'un projet public ou de sa gestion au secteur privé en suivant une des procédures légales* ». Cette définition s'intéresse au but plus qu'au moyen et s'approche de ce fait de la conception anglo-saxonne et de la définition donnée par la banque mondiale qui voient dans la privatisation une amplification du rôle du secteur privé quelque soient les moyens qui y aboutissent, et s'éloigne ainsi de la conception française qui accorde plus d'importance aux moyens juridiques de la privatisation et non à son but.

785. La loi n° 228 ajoute que le transfert de la propriété au secteur privé s'effectue selon une loi spécifique qui organise le secteur en question et détermine les modalités du transfert et du contrôle qui s'exerce par des institutions régulatrices autonomes qui seront mises en place dans ce but. Dès lors, un Conseil Supérieur de la privatisation a été instauré par un décret n° 5540 du 23 mai 2000 ayant pour mission de : «

- *Assurer la concurrence,*
- *Protéger les intérêts des consommateurs,*
- *Assurer les droits de la main d'œuvre nationale*
- *Protéger le denier public et la trésorerie nationale*
- *Généraliser la participation à la propriété et au capital*
- *Attirer les investissements privés »*⁸³¹

786. Par ailleurs, la loi n° 228 n'a pas dérogé au texte de l'Article 89 de la Constitution Libanaise en ce qui concerne la durée maximale des permis. En effet, l'article 2 de ladite loi dispose que le transfert de la propriété ou de la gestion de tout projet se ferait par le biais d'une loi spécifique qui déterminerait les modalités du

⁸³¹ JABER Bassam, « Le partenariat public privé un outil de gestion de l'eau au Liban », p. 14, *Atelier international du Réseau international des organismes de bassin*, « Participation du secteur privé dans les infrastructures hydrauliques au Liban », 8-10 mars 2010, Beyrouth, http://www.riob.org/IMG/pdf/LE_PARTENARIAT_PUBLIC_PRIVÉ.pdf

transfert et du contrôle. Cette loi devrait, en conformité avec l'article 89 de la Constitution, déterminer la durée maximale du permis.

Cette loi constitue une loi cadre qui pose des règles générales et prévoit que chaque projet de transfert nécessite en lui-même la promulgation d'une loi qui le régit et qui lui détermine sa durée maximale.

787. Il est un fait que même dans les pays où le secteur public a réussi à gérer les services publics, on continue à rechercher le partenariat avec le secteur privé pour des raisons en rapport avec l'expérience que peut assurer ce secteur, la rapidité de la prise des décisions ainsi que les investissements qu'il peut pourvoir.

788. Au Liban, aucune exception à cet état de fait ne peut être détectée, surtout que la dette publique ne permet plus au gouvernement de pourvoir les investissements qui deviennent de plus en plus grands dans les secteurs vitaux.

789. Cependant, la loi sur la privatisation constitue une fausse tentative d'encadrement de la gestion privée des services publics puisqu'elle a mélangé entre la notion universelle de privatisation et celle des concessions et n'a pas pu donc satisfaire les besoins d'adopter une législation en ce domaine. En effet, le souci du législateur de se conformer à l'article 89 de la Constitution et d'éviter l'inconstitutionnalité de la loi, a condamné cette dernière à un échec puisqu'il l'a vidée de son sens. Cette loi a été largement critiquée et beaucoup de voix se sont élevées pour adopter une nouvelle qui soit plus moderne et réponde au besoin de l'actualité juridique.

790. Conscient d'une part, que la situation au Liban nécessite des efforts communs de la part des deux secteurs public et privé pour arriver à une bonne gouvernance des services publics afin de fournir des services de qualité au coût minimum, et conscient d'autre part, qu'un grand nombre de services telle l'eau relèvent du domaine public et par conséquent ne peuvent être ni achetés ni vendus et que si l'on recherche la participation du secteur privé, cela ne pourra pas dépasser la délégation de gestion, le gouvernement demanda au conseil supérieur de la privatisation de préparer un projet de loi qui régirait le système global du partenariat entre le secteur public et privé

dans toutes ses branches : DSP, BOT, PPP, etc.

791. L'article 12 du projet de loi⁸³², dispose que la durée contractuelle ne peut dépasser une durée maximale de 35 ans quel que soit le type du contrat. Ainsi, quel que soit le type du projet, l'ampleur des investissements, les conditions et l'objet du contrat, aucune convention ne pourra excéder 35 ans. Le projet de loi reste silencieux sur les raisons du choix de ce plafond et ne prévoit pas les possibilités de dérogation à celui-ci à travers la conclusion d'une convention à durée supérieure à 35 ans ou bien à travers la prolongation de celle-ci. En effet, aucun article ne mentionne le droit à la conclusion d'un avenant prolongeant la convention. De même, alors que ce projet de loi était préparé après consultation d'un grand nombre de législations internationales, il n'a profité point de la législation française pour déterminer le mode de calcul de cette durée, ses composantes, et son point de départ. Cependant, les responsables de ce projet de loi assurent⁸³³ que les projets de nos jours, importantes qu'ils soient, ne nécessitent plus de 35 ans pour recouvrer les dépenses versées, et ceci en se basant sur des études surtout britanniques dans ce domaine-là. Le plafond de 35 ans constitue une durée capable d'encourager et de rassurer les investisseurs sans pour autant attaquer les intérêts du service et des usagers. Concernant la prolongation, les rédacteurs du projet de loi considèrent que celle-ci pourrait être exceptionnellement admise à condition que la durée du contrat en sa totalité ne dépasse pas les 35 ans.

792. Signalons à titre liminaire que la première critique qui sera adressée à ce projet de loi est qu'il n'a pas emboité le pas du législateur français en prévoyant exceptionnellement une possibilité de franchissement du plafond tout en imposant, en revanche, une consultation d'une autorité experte. Il est normal qu'un plafond ne soit jamais dressé pour qu'il soit franchi, mais on sait très bien que le terrain génère souvent des exceptions auxquelles la solution serait prévue à l'avance. Dans cette mesure, au Liban, on ne saura jamais la solution qui sera donnée au cas où une délégation exige, pour des justes raisons, une durée supérieure à la durée plafond fixée par la Loi. De même, d'après ce qui précède, cette absence constitue une atteinte à la liberté

⁸³² Projet de loi (sans numéro), *le partenariat entre les secteurs public et privé*, conseil supérieur de la privatisation (référence).

⁸³³ M. HAYEK Ziad, secrétaire général du conseil supérieur de la privatisation, entretien le 05/06/2012

d'administration dont jouit la personne publique en lui imposant un plafond sans aucune possibilité de le dépasser. Plus encore, l'exigence d'une consultation du directeur départemental des finances publiques comme en France représente une garantie de transparence ainsi qu'une protection du service contre tout abus.

793. En outre, si la fixation d'un plafond temporel pour les délégations de service public au Liban constitue le mieux du possible en comparaison avec la situation qui existait avant et qui ne posait aucune restriction à la conclusion des contrats de longue durée et à la prolongation de ceux-ci, cette solution demeure non satisfaisante. Ainsi, même si cette technique limite les possibilités de corruption, elle garde toujours une marge assez importante pour procurer des gains non justifiées.

Conclusion du Chapitre I

794. Avec la loi Sapin, et après elle, la loi Barnier et les législations similaires, les principes qui étaient initialement élaborés pour les concessions ont subi une double modification. D'une part, ils se trouvent élargis pour comprendre l'ensemble des conventions de délégation de service public. Mais, d'autre part, le principe de la liberté de fixation de la durée contractuelle se trouve de plus en plus abandonné⁸³⁴.

795. Ainsi, même si le législateur essaie d'anéantir le constat de la limitation de la liberté de l'administration en insistant sur l'existence d'une possibilité de dépassement du plafond législatif, cette disposition demeure une limitation de la durée et par la suite de la marge liberté dont bénéficie la collectivité dans la gestion de ses services publics. Pourtant il reste à voir l'efficacité de cette restriction avec le temps.

796. Cependant, on ne peut que s'interroger sur la raison derrière tout ce vacarme qui est sorti avec la limitation de la durée dans le domaine de l'environnement alors que comme on vient de voir ce n'était pas la première fois qu'une telle détermination est proposée. Et dans ce sens, l'on se demande pourquoi personne ne s'est basé sur l'expérience précédente pour défendre ou réfuter l'idée de la limitation. Et de ce fait, l'expérience des remontées et des casinos était-elle aussi brillante pour qu'elle soit transportée au domaine de l'eau ?

797. Dans cette mesure, il importe à savoir si cette technique de détermination du plafond de certains types de délégations a pu prémunir les services publics et atteindre ces objectifs. Et si l'on a pu constater une meilleure gestion de ces services et un meilleur service rendu aux usagers. Ainsi, dans l'affirmative, pourquoi cette technique de fixation ne se répand-elle pas à l'ensemble des délégations de service public ?

798. Enfin, avec la survenue de ces lois, on peut, désormais, parler de trois types de délégations en fonction de leurs durées : DSP avec une durée librement

⁸³⁴ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, op. cit., p. 476

déterminée par la collectivité en fonction de la durée normale d'amortissement, DSP intermédiaire avec une durée plafond fixée avec possibilité de la dépasser, et des DSP avec des durées maximales impossible de les déroger⁸³⁵.

799. Néanmoins, il faut le noter, en matière de durée maximale, que les règles générales doivent se combiner avec les règles spéciales. Ainsi, lorsqu'un texte fixe une durée maximale, cela ne signifie pas que la délégation puisse être conclue pour la totalité de cette durée. La durée retenue doit toujours correspondre à l'amortissement des investissements réalisés.

⁸³⁵ DOURLENS Nicolas, « Durée des concessions : le cas des délégations de service public de casino », *Contrats publics-ACCP*, n° 29, janvier 2004, p. 48, spec. p. 50

Chapitre II – La caducité de la fixation du plafond avec le temps

800. Après avoir fixé la durée maximale de certains types de délégations de service public par des textes législatifs et réglementaires, il serait temps de prendre un peu de recul et d'observer leur application pour pouvoir confirmer ou infirmer les hypothèses qui comptent sur leur réussite ou leur échec à atteindre leurs objectifs.

801. Il était évident que l'une des premières raisons de la limitation législative du plafond était la lutte ou précisément la performance de la lutte contre la corruption à travers l'imposition de la périodicité et l'interdiction du dépassement d'une certaine limite proposée en tant que durée maximale. Pourtant à travers cette limitation, le législateur s'est permis, peut-être sans le savoir, de prendre certains risques qui sont ceux de ne pas respecter l'esprit de la limitation et de faire perdre à ces dispositions leur contenu. En effet, la casuistique des contrats, qui n'est d'ailleurs pas assez prise en considération par la limitation du plafond, ainsi que l'évolution des modalités d'amortissement avec le temps, garantiront, à court terme, l'échec de la limitation numérique du plafond dans une loi cadre.

802. Il est vrai que cette disposition était inspirée par une volonté très nette de diminuer la durée des conventions, suspectée par les parlementaires de favoriser les rentes de situations. Il est vrai aussi qu'elle a réussi, pour un moment, à assurer la conclusion des conventions bien équilibrées au niveau du choix de la durée. Ce plafond représentait ainsi une vraie restriction aux collectivités dont le dépassement ne constitue point une opportunité facile à saisir.

803. Pourtant, un réexamen détaillé des travaux préparatoires des textes législatifs et réglementaires responsables de l'introduction du plafond numérique, ainsi que des débats qui les ont accompagnés, montre que les raisons fournies pour justifier la limitation de la durée dans certains types de délégations de service public ne correspondent pas aux réelles raisons qui étaient derrière cette fixation (Section I).

804. De surplus, une observation continue de l'application de la durée plafond, aux cours des années, sur les conventions, révèle, non seulement que les justificatifs accordés pour adopter cette fixation n'étaient jamais les véritables raisons, mais aussi la présence de certaines imperfections dans la technique de la fixation législative anticipée (Section II), ainsi que la caducité au niveau de ses dispositions.

Section I : Les réelles raisons animant la fixation

805. La promulgation de toute Loi nécessite une promotion dans laquelle l'auteur (gouvernement ou parlementaire) se défend en présentant les raisons qui justifient ladite loi pour convaincre le plus grand nombre des votants. Néanmoins ce ne sont pas les raisons qui se présentent en premier plan qu'il faut chercher. En effet, les réelles raisons se présentent souvent dans des arrières plans. Et c'est la concordance de ces deux types de données qui reflète le degré de transparence et de crédibilité des législateurs.

806. Dès lors, l'examen des travaux préparatoires de la loi du 2 février 1995 montre que les réelles raisons derrière la fixation du plafond dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, relèvent de certaines considérations de politique locale (paragraphe 1).

807. Toutefois, alors que la fixation du plafond en matière de l'eau était sujette à des arrangements politiques, elle était, en revanche, en matière des casinos, soumise à des compromis de commodité (paragraphe 2) entre les besoins de la délégation du service et la réalité qu'imposent les autres contrats qui y interviennent.

Paragraphe 1 : Des raisons politiques en matière d'eau

808. À l'heure où le législateur a décidé de fixer le plafond des délégations de service public dans le domaine de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères, diverses raisons ont été présentées par le gouvernement ainsi que par les parlementaires adhérant à cette mesure. À côté de ces défenseurs, un grand nombre des parlementaires étaient contre cette adoption, et dont les interventions ont apporté un grand intérêt dans la recherche des vrais objectifs de l'article 75 de la loi du 2 février 1995.

Ainsi, la discussion de cette disposition a connu au cours des deux lectures des hauts et des bas allant dans le sens de l'adoption et de la suppression du plafond de vingt ans. La durée maximale a fini par être adoptée mais ceci n'interdit nullement de dire que cette adoption était et demeure discutable (A).

809. D'ailleurs, comme on vient de le dire, il arrive que les arguments rendus normalement en public par les politiciens ne révèlent pas les vrais motifs qui les poussent à agir et à légiférer d'une façon et non d'une autre. Cependant, rien n'est critiquable tant que ces réelles raisons s'inscrivent dans la ligne droite de l'esprit du sujet de la loi. Dans ce sens, la vulnérabilité des arguments accompagnant l'adoption de la loi du 2 février 1995 est que les réelles raisons derrière la fixation de la durée maximale en matière de l'eau n'avaient aucun rapport avec le service en question (B).

A- Une adoption discutable de la fixation du plafond

810. L'adoption de la limitation du plafond n'était pas l'œuvre d'une entière conviction des parlementaires des avantages et de l'effectivité de cette fixation. En effet, au sein de l'Assemblée nationale, les parlementaires se sont vus amenés à voter par courtoisie (1) la modification à l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993. Les sénateurs, à leur tour, ont été conduits à adopter l'article 42 *ter* après l'avoir accusé d'être inconstitutionnel (2).

1- Un vote par courtoisie à l'Assemblée nationale

811. Au moment de la discussion de la loi du 2 février 1995 au sein de l'Assemblée nationale lors de la première lecture, deux amendements n° 356 et n° 357 ont été présentés par M. GUELLEC et qui ont trait à la délégation de service public. Le premier, précisément, tend à éviter que soient retenues des durées contractuelles excessives dans les contrats de DSP à travers la limitation du plafond de ces durées à vingt ans.

812. Cependant, dès le départ, ces deux amendements ont fait l'objet d'un avis défavorable de la part du gouvernement ainsi que de la commission. Concernant cette

dernière, le rapporteur⁸³⁶ s'était opposé aux amendements parce qu'ils n'avaient aucun lien avec le sens du texte et parce qu'il était en plus convaincu que les fortes rumeurs qui circulaient à propos de la prochaine délibération du parlement sur les problèmes relatifs à la prévention de la corruption et la transparence de la vie politique ne sont pas loin de la réalité et que donc il serait plus efficace de patienter et d'étudier cette proposition dans ce cadre. Dans ce sens, la commission n'a pas pris le soin de se prononcer sur les textes des amendements. Quant au gouvernement, il manifesta, à travers son ministre de l'environnement⁸³⁷, une entière compréhension des soucis du parlementaire et insiste sur la nécessité d'établir encore plus de rigueur dans les relations contractuelles entre les collectivités locales et les entreprises attributaires de délégations de service public. Cependant, le gouvernement exprima sa préférence pour que ces questions soient traitées lors de la discussion de la proposition de loi sur les marchés publics et les délégations de service public qui allait avoir lieu dans les jours qui suivent.

Cette promesse a satisfait l'auteur principal des amendements mais pas M. BRARD qui les reprendra. Le parlementaire manifesta dans ses propos une méfiance à l'égard du gouvernement ainsi qu'une pression qui va dans le sens de l'adoption anticipée de ces dispositions. Ainsi, il dit : *« je vais vous éviter tous ces aléas, y compris ceux qui peuvent surgir à partir de lundi dans la discussion. Puisque nous avons la possibilité de trancher déjà concrètement et, en fin de compte d'ouvrir la voie pour la discussion de lundi, je reprends cet amendement et je ne doute pas que les journalistes présents dans les tribunes seront très attentifs au comportement de chacune et de chacun d'entre nous »*⁸³⁸.

813. Pourtant, ce qui était surprenant après cette reprise est que le gouvernement n'a plus rien avancé pour convaincre le nouveau cosignataire à la renonciation à cette demande. Dans cette mesure, on imagine mal que le gouvernement ainsi que la commission aient été convaincus, si vite, par la nécessité de l'adoption de ces amendements. Au contraire, à notre avis, ils étaient embarrassés et forcés à céder à la volonté du parlementaire pour garder leur face de crédibilité devant l'opinion publique.

⁸³⁶ Assemblée nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 9 décembre 1994, *JO AN* n° 120 samedi 10 décembre 1994, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1994, p. 8613, spec. p. 8638

⁸³⁷ Idem

⁸³⁸ Idem

814. Ainsi, alors que le gouvernement et la commission étaient les premiers à dire qu'il fallait attendre la proposition de loi, l'intervention de M. BRARD les a contraints à agir autrement et à manifester une preuve de bonne foi envers la poursuite de la réforme en matière des DSP et la lutte contre la corruption. Dès lors, alors que le gouvernement a préféré garder le silence, le rapporteur de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée a déclaré, qu'« à titre personnel et pour les raisons qui viennent d'être indiquées »⁸³⁹ il voterait l'amendement ! Dans cette mesure, ces amendements ont en définitive été adoptés par l'Assemblée.

815. Ce qui nous pousse à croire que le vote de ces amendements au sein de l'Assemblée s'est fait, uniquement, par courtoisie, est qu'à partir de l'avancement des propos de M. Jean-Pierre BRARD, plusieurs parlementaires se sont précipités à admettre, à leur tour, l'importance d'adopter ces amendements : M. Pierre DUCOUT considéra qu'il serait bon de voter l'amendement d'ores et déjà puisqu'il comprend un volet sur le financement de la vie politique et un autre sur l'abus de position dominante⁸⁴⁰. De sa part, M. Joseph KLIFA considéra qu'il soutiendrait l'amendement « pour des raisons de pure morale »⁸⁴¹. M. BRARD qualifia ce soutien des amendements par les exigences de « l'entente morale »⁸⁴².

816. D'après ce qui précède, il est évident que le vote de ces amendements au sein de l'Assemblée était contraint par des considérations de pure morale et loin ainsi de toute conviction relative à l'effectivité et les avantages de l'adoption d'un plafond législatif, au moins dans le cadre spatio-temporel dans lequel ces amendements ont été préposés. Dès lors, le franchissement de ce premier obstacle sur le chemin de l'instauration d'une durée maximale dans ces domaines de DSP, à savoir le vote de l'Assemblée nationale, n'avait pas de rapport avec les raisons évoquées pour son adoption.

817. De surcroît, la même courtoisie responsable de l'adoption du plafond législatif semble affecter la démarche des parlementaires au niveau du choix du chiffre de

⁸³⁹ Ibid, spec. p. 8639

⁸⁴⁰ Ibid, spec. p. 8638.

⁸⁴¹ Idem

⁸⁴² Ibid, spec. p. 8639

ce plafond. Pourquoi 20 ans et non pas plus ou moins ? En effet, les parlementaires se sont abstenus de s'interroger sur l'origine de ce chiffre et sur le degré d'assiduité et de ponctualité des études effectuées dans le cadre de l'adoption de ce choix.

2- Une accusation d'inconstitutionnalité par le Sénat

818. Alors que la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale a refusé de se prononcer sur le fond des amendements en préférant de les traiter dans un cadre qui leur est spécifié, la commission des affaires économiques du Sénat a porté, lors de sa deuxième lecture du projet de loi, une appréciation un peu plus négative sur quelques dispositions du projet de Loi en raison de leur caractère inconstitutionnel. Ces dispositions concernent, en particulier, la limitation de la durée des DSP.

819. En effet, la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, a refusé de porter d'appréciation sur le fond de ce dispositif en jugeant inopportun son introduction dans le présent projet de loi pour des raisons qui se rapportent à l'examen concomitant des deux chambres d'une proposition de loi relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie politique. Dans ce sens, la commission rejoignait la position primordiale de la commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale. Cependant elle a présenté un amendement visant à la suppression de l'article 42 *ter*⁸⁴³.

820. Quant à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, elle proposa dans son avis, après examen approfondi de l'article 42 *ter*, un amendement tendant à sa suppression pour vice d'inconstitutionnalité. Cet article est jugé non conforme à la Constitution au niveau de la procédure et du fond⁸⁴⁴.

821. D'abord, concernant la forme, ce nouvel article s'adresse à toutes les

⁸⁴³ Rapport n° 190, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, modifié par l'assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JO S*, documents parlementaires, 1^{ère} session 1994-1995, p. 66

⁸⁴⁴ Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Etienne DAILY, *JOS*, documents parlementaires, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, p. 15

délégations de service public, ce qui fait que son sujet dépasse « *largement* » le champ d'application du projet de loi limité au *renforcement de la protection de l'environnement*. Dans cette mesure, et conformément à la jurisprudence constante du Conseil Constitutionnel, cet article est « *sans lien* » avec le texte en discussion⁸⁴⁵.

822. De surcroît, le rapporteur pour avis, M. DAILLY⁸⁴⁶, attire l'attention des sénateurs dans son intervention lors des débats au sein du Sénat, qu'ils ont été convoqués pour une session extraordinaire dont l'ordre du jour se limite au texte examiné qui se limite au domaine du *renforcement de la protection de l'environnement* comme l'atteste déjà son intitulé. Par conséquent, la révision de la loi du 29 janvier 1993 ne serait pas autorisée.

823. En outre, et toujours au niveau de la procédure, la première reproche à l'article 42 *ter* serait qu'il vient modifier l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, lui-même modifié un mois à l'avance par une loi votée le 23 décembre 1994 et différée auprès du Conseil Constitutionnel qui n'avait pas encore statué, au moment de la discussion sur le projet de loi en question, sur sa conformité à la Constitution.

824. Dans ce sens M. Christian BONNET, rapporteur de la loi Sapin s'est opposé aux articles 42 *ter* et 42 *quater*. Sachant bien de quoi il parlait, il disait : « *c'est extraordinaire ! On légifère le 23 décembre 1994 pour modifier la loi du 29 janvier 1993, le texte est encore devant le Conseil Constitutionnel, et voilà qu'on veut déjà modifier une loi qui n'est pas encore promulguée !* »⁸⁴⁷. Cette volonté de modifier le texte adopté par le parlement moins d'un mois sans attendre pour savoir si la première modification était-elle conforme ou non à la Constitution, est certainement contestable. Le sénateur critiqua d'une part le manque de rigueur de la part du parlement dans l'approche des choses et d'autre part le timing de la nouvelle modification qui est certainement mal placée.

825. Ensuite, concernant le fond, la commission considère que l'article 40 de la

⁸⁴⁵ Idem

⁸⁴⁶ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JO S* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 423

⁸⁴⁷ Ibid, spec. p. 422

loi Sapin fixe déjà d'une façon ferme les règles régissant la durée des délégations de service public et leurs conditions de prolongation et prend ainsi toutes précautions nécessaires pour éviter tout abus. Or la fixation d'une durée maximale de vingt ans va à l'encontre de ces règles qui lient la détermination de la durée contractuelle aux prestations demandées au délégataire en cas d'un affermage, et au cas où les installations seront demandées de ce dernier, la durée serait conforme à la nature et au montant de l'investissement à réaliser sans que la durée maximale ne puisse dépasser la durée normale d'amortissement

826. De plus, le rapporteur pour avis était étonné⁸⁴⁸ du fait que, lors du débat à l'Assemblée nationale, ni le gouvernement, ni la commission de la production et des échanges n'aient demandé le rejet de l'amendement BRARD évidemment contraire à la Constitution.

827. Cette position sévère et stricte de la part de la commission a poussé le gouvernement à modifier l'article 42 *ter* à travers l'amendement n° 10 qui resserra le champ d'application de ces dispositions au domaine exclusif de l'environnement qui comprendra l'eau potable, l'assainissement, les ordures ménagères et les autres déchets. Cependant, le rapporteur pour avis continuait à considérer que l'amendement, même sous sa nouvelle version, demeurait inconstitutionnel. Il compara les heures de discussion ainsi que le nombre d'amendements qui avait nécessité la promulgation de la loi du 29 janvier 1993 et ses modifications lors de la discussion de la proposition de loi de M. MAZEAUD le 23 décembre 1994. Selon lui, « *il n'est pas possible de délibérer ainsi, en pleine nuit, à la sauvette, à l'occasion de la discussion d'un projet de loi avec lequel la disposition envisagée n'a aucun lien* ». Il finit par ajouter « *si ce problème avait dû être soulevé, il eut fallu qu'il le fût à ce moment-là. Il faudra peut-être qu'il le soit un jour, mais, de grâce, pas comme cela, pas ici et pas maintenant* »⁸⁴⁹. Pourtant, ceci n'était pas l'avis de la majorité du Sénat qui a voté cet amendement par scrutin public.

⁸⁴⁸ Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Etienne DAILY, op. cit., p. 17

⁸⁴⁹ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JO S* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 427

B- Des arguments sans lien avec le service

828. Une lecture plus approfondie des débats parlementaires, des tournants et des changements de positions, permet de remarquer que les réelles raisons derrière la fixation du plafond et la détermination même du chiffre du plafond n'ont aucun rapport avec les besoins du service mais avec des contraintes et des ententes politiques. Ainsi, l'étude des va-et-vient du gouvernement dans la justification de cette mesure, montre que la limitation du plafond dans le domaine de l'eau lui était la seule issue (1) pour sortir du piège de l'inconstitutionnalité dans lequel il s'était mis. Dans un autre sens, cette limitation ne représentait pour le gouvernement qu'une restriction contractuelle en faveur des conseils locaux (2) et de leurs mandats.

1- La limitation dans le domaine de l'eau : seule issue du gouvernement

829. Dans le souci de se placer dans la ligne directrice du projet de Loi en discussion, le gouvernement a choisi de recentrer les dispositions de l'article 42 *ter* sur les contrats relatifs à l'eau, à l'assainissement, et aux ordures ménagères. Autrement, le gouvernement a réorienté cet article pour le lier strictement au thème du projet de loi.

830. En effet, le ministre de l'environnement avoua clairement que la nouvelle rédaction de l'article 42 *ter* à travers l'amendement n° 10 avait pour vocation de répondre précisément⁸⁵⁰ aux objections apportées par la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale. Ainsi, quelles que soient les justificatifs qui seront présentés ultérieurement par le gouvernement pour justifier ce tournant de position et cette restriction du champ d'application de cet amendement, la réalité demeure incarnée dans ces premiers propos !

831. Rappelons que l'amendement, dans sa version originale, visait l'ensemble des délégations de service public. Donc l'intention des rédacteurs était, au départ, de réduire la durée maximale de toutes les DSP à un maximum de 20 ans. Pourtant, étant donné que toute disposition législative sans rapport avec l'objet du projet de loi en question risquerait la sanction du Conseil Constitutionnel, le gouvernement a choisi de

⁸⁵⁰ Ibid, spec. p. 424

prendre le chemin le plus sécurisé et de laisser tomber ainsi son projet primordial. Il était donc forcé de restreindre le domaine de la durée maximale aux contrats relatifs à l'eau, l'assainissement et les ordures ménagères, pour ne pas abandonner cet amendement en totalité. Ainsi, cet amendement ne relève pas de sa propre volonté sauf à considérer sa volonté de ne pas être censuré ! Donc cet amendement n'a été adopté que pour garantir son passage et n'avait aucun lien avec la spécificité des contrats qu'il prétend venir régir. Pourtant, à la marge des allégations du gouvernement, si la question de la restriction du champ d'application de l'amendement était vraiment l'œuvre exclusive de sa totale volonté, pourquoi le gouvernement n'a-t-il pas fait tout son possible pour insérer ces mêmes dispositions dans une nouvelle loi réservée à l'ensemble des DSP ? Pour quelles raisons cette première version est-elle tombée dans l'oubli sans qu'aucune tentative postérieure ne soit venue la relancer ?

832. En effet, le ministre de l'environnement justifia la restriction du champ d'application de l'article 42 *ter* par la simple volonté d'éviter que « *les grandes politiques d'intérêt général en matière d'environnement- l'amélioration de la qualité de l'eau, le traitement des déchets, l'assainissement- soient, à l'avenir, mises en causes, suspectées, contredites par un manque de transparence et de rigueur. Les dispositions tendant à instaurer plus de transparence, plus de rigueur et [...] plus de respect des citoyens, contribuent à améliorer la protection de l'environnement dans notre pays* »⁸⁵¹. Dans une suite logique à cet avancement, qu'en est-il des grandes politiques d'intérêt général en d'autres domaines ? N'auront-ils pas une obligation de transparence et de rigueur ?

833. Par ailleurs, la seconde justification présentée à la limitation par le ministre de l'environnement et qui est liée à la situation des usagers du service n'est pas plus convaincante que la précédente. Selon le ministre, ceux-ci représentent, d'une certaine manière, une clientèle captive. Les services qui leur sont rendus, leur sont imposés par un prestataire de services qui échappe à toute concurrence. À la différence des autres services publics dont les usagers possèdent la liberté de les utiliser ou non, tels les autoroutes, les parkings, les chauffages urbains, les utilisateurs des services de l'eau, de l'assainissement et des déchets ne disposent en effet d'aucune alternative : ils sont donc

⁸⁵¹ Idem

obligés de payer le prix demandé, même s'il est trop élevé⁸⁵². Dès lors, pour le ministre, c'est la situation des usagers qui n'ont de choix que de recourir à ce service, qui a imposé la détermination de la durée maximale. Ce propos, à lui seul, accuse le ministre d'une renonciation à ses responsabilités envers les usagers des autres services publics, car si la détermination de la durée maximale dans les DSP d'eau, d'assainissement et des ordures ménagères garantit l'utilisateur, la préservation de cette garantie ne serait-elle pas aussi nécessaire pour les usagers des autres services ? De surcroît, si la détermination de la durée maximale de cette façon là s'inscrit au profit de l'utilisateur, doit-on en déduire que le principe de la liberté d'administration des collectivités, comme le défendait les parlementaires refusant ce plafond, serait néfaste aux intérêts des usagers ? Encore plus, si cette justification est pertinente et vise à protéger l'utilisateur qui constitue une clientèle captive, pourquoi ne pas l'appliquer au cas des monopoles institués par les lois que l'article 41 de la Loi Sapin fait échapper aux dispositions de l'article 40 ?

834. Signalons à titre d'exemple que comme dans le domaine de l'eau, l'assainissement et les ordures ménagères, il existe d'autres domaines où les usagers du service constituent une clientèle captive, comme par exemple dans le domaine des autoroutes où les usagers sont soumis aux mêmes contraintes surtout au niveau du choix d'utiliser ou non le service et au niveau du paiement du tarif imposé sans possibilité de recourir vers un autre prestataire qui présente un service pareil. Dès lors s'il est opportun de limiter la durée maximale dans les délégations où les usagers représentent une clientèle captive, pourquoi le législateur n'a-t-il pas limité la durée maximale de ces DSP ? Étayer cette hypothèse ne veut point dire que l'on partage l'idée de l'importance de la fixation législative du plafond des DSP mais il s'agit seulement d'une façon de prouver que la fixation dans le domaine de l'eau relevait d'autres raisons que celles présentées. Surtout que dans le domaine des autoroutes les délégations octroyées sont pour une durée assez longue qui varie entre 30 et 80 et où par la suite les risques de corruption et de rentes de situation sont beaucoup plus élevés. Donc, pourquoi ne pas faire intervenir le directeur départemental des finances publiques pour contrôler le choix de la durée et donner son avis ?

⁸⁵² Ibid, spec. p. 425

2- La limitation à 20 ans, choix non justifié

835. La doctrine, quoique surprise du caractère un peu systématique de la règle de la fixation introduite par l'article 75, a justifié son édicition en raison d'une triple caractéristique de ces services⁸⁵³.

Selon elle, il s'agit tout d'abord de services qui sont, pour l'essentiel, « *des services existants* », c'est-à-dire des services où les équipements sont le plus souvent déjà établis et donc ne constituent plus une charge lourde en matière d'amortissement dans les comptes du délégataire. On est le plus souvent dans des dispositifs d'affermage.

Ensuite, la deuxième caractéristique est qu'il s'agit de « *produits captifs* », c'est-à-dire que l'utilisateur n'a pas la possibilité de se reporter sur d'autres produits. Il en résulte que le prix peut être fixé en fonction des conditions économiques d'exploitation et non au regard de la capacité qu'a l'utilisateur de se dispenser de leurs services. C'est le même argument que celui étayé par le gouvernement.

Enfin, il s'agit de services « *très sensibles aux yeux de la population* ». En effet, les contestations les plus fortes sur le système de la délégation de service public sont nées de contrats d'eau et d'assainissement. C'est pourquoi il serait un peu compréhensible que le législateur ait voulu, dans ces activités de poser des règles plus strictes que celles appliquées dans d'autres domaines.

836. Cependant, à supposer que la fixation législative de la durée maximale des DSP en matière d'eau potable, d'assainissement et des ordures ménagères, réponde à des exigences propres à ces services, pourquoi la durée maximale a été fixée à 20 ans et non pas plus ou moins ? Pourquoi ce même chiffre qui a été choisi en premier lieu pour constituer le plafond de l'ensemble des DSP, a été gardé, après remaniement du principe, pour constituer la durée maximale des DSP en matière de l'environnement. Quel est le secret de ce chiffre ? Est-il transversal et convenable à toutes les délégations ? N'était-il pas spécifique à certains types bien précis de DSP ? Ne constitue-t-il pas une durée

⁸⁵³ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12, spec. p. 14

excessive pour les autres types ? Il serait illogique que ce plafond corresponde conformément à tous les types de DSP.

837. En effet, le choix de cette durée maximale n'a jamais été justifié ni au niveau de l'Assemblée nationale ni au sein du Sénat. Cette absence de justification n'est pas la raison d'une lacune ou d'une négligence de la part des parlementaires mais résulte du caractère aléatoire de ce choix, injustifiable en lui-même. Si l'on revenait, à titre indicatif, à la circulaire du 7 août 1987⁸⁵⁴ qui a recommandé des durées exemplaires pour des modèles typiques de contrats de DSP, l'on trouverait que la durée maximale de l'ensemble des DSP se situait entre 6 et 24 ans sauf dans certains cas exceptionnels où elle atteignait les 30 ans. Revoir ce tableau ne signifie pas une envie de le ranimer ou même d'admirer sa crédibilité, mais justement un essai de montrer l'écart existant entre les durées maximales prévues pour les différents types de contrats de DSP dans les différents domaines de services publics. Prenons comme exemple uniquement les trois domaines de DSP en matière de l'environnement que la loi du 2 février 1995 a fini par leur adopter une même durée plafond. Cette circulaire proposait 12 ans comme durée maximale pour les DSP en eau potable, une durée maximale entre 5 et 15 ans pour les contrats d'exploitation d'installations de traitement des ordures ménagères et les assainissements et une durée qui ne dépasse pas 10 ans pour la collecte des ordures ménagères. Si l'on suppose que ces durées proposées par la circulaire résultaient d'un examen pratique de ces cas particuliers de DSP, ce qui est sûrement le cas, on remarque d'une part que les durées maximales de ces derniers ne justifient pas leur regroupement dans une même catégorie et leur appliquer une durée maximale commune car leurs propres durées maximales ne sont pas pareilles et ne sont même pas proches. De surcroît, le plafond de 20 ans proposé dépasse d'au moins 5 ans la durée maximale exigée pour ces contrats. À ajouter aussi que la pratique a montré qu'avec l'évolution de la technologie, la durée des contrats de DSP reconnaît en général une progression décroissante. Ainsi, si la durée maximale proposée pour une convention d'assainissement était de 12 ans en 1987, elle devrait être de 10 ans en 1995. Dès lors le choix de 20 ans comme durée maximale

⁸⁵⁴ Circulaire du 7 août 1987, relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, JO du 20 décembre 1987, p. 14863.

pour les conventions de DSP en matière de l'environnement ne correspond pas à la réelle durée maximale que peuvent avoir ces derniers.

838. D'après ce qui précède, l'on voit que la durée maximale de 20 ans n'avait aucun rapport avec les types de délégations de service public qu'elle vient régir. Cependant, la révision des débats parlementaires et la recherche dans les propos des parlementaires d'une étincelle éclairant ce choix ne nous fournissent aucune indication fructueuse. Et pourtant, ce sont les seuls propos de Mme BIDARD-REYDET⁸⁵⁵, lors de la deuxième lecture du projet de loi au sein du Sénat, qui présentent une vision qui pourra être la seule solution à cette polémique. La sénatrice considéra que la recentralisation par le gouvernement de l'article 42 *ter* constitue une « *avancée* » dans la législation française.

839. Dans sa défense de la fixation de la durée maximale, elle poursuit qu'une période de 20 ans représente plus de trois mandats d'une municipalité, d'un conseil régional ou d'un conseil général, ce qui fait qu'une « *décision politique prise à un moment donné pèse donc pour une durée relativement longue sur la gestion ultérieure d'une collectivité, même si elle change de sensibilité* »⁸⁵⁶. C'est donc parce que les parlementaires ne voulaient pas entraver les assemblées délibérantes à venir et les voir supporter les conséquences de certaines décisions prises par leurs prédécesseurs dans le domaine de gestion des services publics locaux. Ainsi si la prévoyance des contrats de DSP qui ne dépassent pas un seul mandat est inadmissible dans la réalité, ces contrats ne doivent pas, au plus, dépasser trois mandats locaux. Ces propos étayaient notre conviction que la fixation de la durée maximale à 20 ans avait d'autres raisons que celles relatives aux services en question et reflétait plutôt des arrières plans politiques. Donc 20 ans constitue une garantie des politiques à suivre dans la collectivité, peu importe la nécessité et des besoins du service public en lui-même.

840. La sénatrice finit par soutenir l'article 42 *ter* dans la rédaction proposée par le gouvernement, parce qu'elle trouve déjà dans la durée maximale de 20 ans un risque de confisquer la liberté d'administration des conseils régionaux et généraux pour une longue période. Cependant, selon elle, cette solution, malgré le risque qu'elle

⁸⁵⁵ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *op. cit.*, spec. p. 423

⁸⁵⁶ *Idem*

engendre, reste le meilleur arrangement entre les besoins du service et les contraintes de la liberté politique puisqu'elle constitue, dans le moindre des cas, une garantie aux conseils représentatifs de garder une certaine marge de liberté dans la prise de leurs décisions concernant la gestion des services publics.

841. Finalement, elle affirma aussi son soutien pour la limitation du plafond à 20 ans afin d'encourager le déclenchement des politiques de nationalisation dans le domaine de l'eau. Or si à l'époque ce justificatif pouvait être vu comme intéressant pour des raisons politiques, tel ne serait certainement plus le cas aujourd'hui car la notion de nationalisation en elle-même n'est plus sujette à discussion.

842. Pour conclure, il était clair que le choix du chiffre 20 n'avait aucune connotation sauf que, dans le meilleur des cas, un grand nombre de concessions était octroyé pour une durée équivalente à 20 ans. Ainsi, il a été considéré que ce chiffre représentait d'une façon ou d'une autre la durée moyenne que nécessite l'amortissement des installations investies dans le domaine de l'environnement. De plus, il a été admis que le choix de l'instauration de cette durée maximale pour les conventions de DSP en matière de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères, visait visiblement à préserver la chute des collectivités locales dans le filet des grandes entreprises qui dominent le marché de ces DSP. Cependant, quelles étaient les réelles raisons derrière la fixation d'une durée plafond dans le domaine des casinos ?

Paragraphe 2 : Des raisons de commodité dans le domaine des casinos ?

843. Si la fixation législative du plafond en 1995 a fait couler de l'encre et créé une polémique en raison de son intervention durant l'ère de la liberté dont bénéficiaient les collectivités locales dans l'administration de leurs services, le cas ne serait pas semblable pour l'instauration d'une durée plafonnée dans les années 50 comme c'était le cas des casinos. Depuis leur création, les délégations de service public des casinos n'attirent que peu souvent de commentaires de la part de la doctrine juridique sur le régime juridique les régissant, entre autres la durée de ces conventions.

844. D'une façon générale, le cas des casinos est un peu délicat et diffère des

autres types de services publics : il fait l'objet d'une police spéciale. Dans ce sens, un candidat à l'exploitation d'un casino doit, en plus d'être choisi par la commune délégante, obtenir une autorisation du ministre de l'intérieur d'exploiter les jeux. Ainsi, l'exploitation des casinos suppose la conclusion d'une convention de délégation de service public et l'octroi d'une autorisation ministérielle fixant la nature des jeux autorisés et leur durée. Dès lors la fixation de la durée maximale des conventions de DSP des casinos est soumise à des considérations relatives à des règles de police (A) qui n'ont en revanche aucun rapport avec les exigences de transparence et de mise en concurrence qui influençaient la fixation du plafond dans d'autres domaines.

845. À vrai dire, ce rapport durée maximale/règles de police était révélé dès le départ. Cependant, à part cette raison divulguée, une autre raison vient justifier le choix du législateur. Celle-ci est demeurée cachée. Il s'agit de l'accommodation à la durée maximale des contrats de bail (B)

A- Une fixation liée expressément aux règles de polices

846. Signalons au départ, que le Conseil d'Etat a rappelé, à l'occasion d'un avis rendu le 4 avril 1995, que la loi du 15 juin 1907 n'autorise l'exploitation des casinos que dans les communes qui ont le caractère de stations balnéaires, thermales ou climatiques. *« Il ressort des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette loi que le législateur, tout en soumettant à une surveillance particulière les jeux autorisés dans les casinos, a entendu que ces activités concourent au développement touristique des communes concernées. Dès lors que ce dernier objectif trouve sa concrétisation dans le cahier des charges qui fixe les obligations incombant à l'exploitant d'un casino, et qu'en particulier celui-ci est tenu de contribuer à l'animation culturelle ou touristique de la commune, le cahier des charges, pris dans son ensemble, a le caractère d'une concession de service public »*⁸⁵⁷.

847. Ainsi, c'est au regard de la conclusion du contrat dans l'intérêt du développement touristique et balnéaire de la commune qu'il a été qualifiable de concession de service public. Il n'est pas de doute aujourd'hui que la délégation de

⁸⁵⁷ CE, Avis n° 357 274 du 4 avril 1995, Section de l'intérieur, EDCE 1996, n° 47 p. 414

service public des casinos représente une satisfaction aux besoins de l'intérêt général lié non seulement au tourisme mais aussi à la culture⁸⁵⁸. En effet, il a été considéré que la création d'un casino constitue un facteur d'animation touristique appréciable. Son implantation représente aussi une véritable manne financière pour les communes d'implantation⁸⁵⁹.

848. Les DSP des casinos sont régies par des règles de polices qui se caractérisent par l'attribution, à ce service, d'un régime juridique spécifique ainsi qu'un élargissement des compétences du pouvoir réglementaire. Une observation sommaire du régime juridique des casinos permet de comprendre qu'il s'agit bien d'une police administrative spéciale détenue par le ministre de l'Intérieur et, plus particulièrement, du ministre, après avis de la commission supérieure des jeux, seule compétente en matière d'étude des demandes d'autorisation de jeux.

849. Ainsi, ces concessions, en tant que DSP, sont soumises aux dispositions de la loi du 29 janvier 1993. En revanche, la législation propre aux casinos demeure cumulativement applicable, se traduisant par la nécessité pour l'exploitant d'obtenir du ministre de l'intérieur l'autorisation prévue par l'article 2 de la loi du 15 juin 1907

850. Dans sa décision *Commune de Ramatuelle*, le Conseil d'Etat affirma que la règle spéciale, concernant la fixation de la durée maximale à 18 ans, édictée par arrêté ministériel pris par le ministre de l'intérieur et du budget pour les délégations de service public consenties à l'exploitant d'un casino se combine, « sans les méconnaître », avec les dispositions générales issues de la loi du 29 janvier 1993.

851. Dans ce cadre, un problème surgit se rapportant aux règles de police dans le domaine des casinos et qui se manifeste par la nature du texte dans lequel la durée maximale est fixée. Si jamais la fixation de la durée était acceptée par voie législative, elle ne pourrait l'être par voie réglementaire. Dans ce sens, notons que l'article 40 de la loi Sapin renvoyait à un décret en Conseil d'Etat la fixation des modalités d'application de

⁸⁵⁸ Rapport d'information n° 223 au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *sur la mission jeux de hasard et d'argent en France*, par M. François TRUCY, *JO S*, documents parlementaires, session ord. 2001-2002, p. 143

⁸⁵⁹ JORION Benoit, « Les délégations de casinos », *Droit administratif*, janvier 2005, étude 1, p. 6

ce texte. Or, pour échapper à l'inconstitutionnalité de cette disposition, le Conseil Constitutionnel la vida de son contenu en précisant qu'elle « *n'entendait pas permettre à l'autorité règlementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement* ». Ainsi, Le décret en Conseil d'Etat prévu ne pourra être contraignant. Par conséquent, étant donné qu'il ne peut exister de dispositions générales relatives à la durée des délégations, chaque collectivité aurait la possibilité de déterminer à chaque cas d'espèce la durée convenable sous le contrôle du juge.

Et c'est dans ce cadre que certaines critiques ont été avancées à la jurisprudence *Commune Ramatuelle* du 3 octobre 2003. La question était de savoir si l'autorité règlementaire était une autorité compétente pour définir des règles spéciales susceptibles de se combiner avec les règles générales posées par la loi Sapin⁸⁶⁰.

852. Ainsi, si, aux termes de l'article 34 de la constitution, « *la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources* », il serait normalement hors compétence de l'autorité règlementaire de déterminer la durée de certains types de délégations. Une telle intervention semble être illégale. Cependant, sa légalité serait préservée dans le seul cas d'une habilitation accordée par le parlement à l'autorité règlementaire⁸⁶¹. Dans ce cadre, il importe de rappeler qu'eu égard à sa nature, l'activité des casinos est soumise à un double régime juridique qui se manifeste en premier lieu par l'exigence d'une autorisation de jeux délivrée par le ministre de l'intérieur et en second lieu par la conclusion d'un contrat de délégation de service public. Dans ce sens, la loi du 15 juin 1907 prévoyait, dans son deuxième article, que : « *Les autorisations sont accordées par le ministre de l'intérieur, après enquête et en considération d'un cahier des charges établi par le conseil municipal. L'arrêté d'autorisation fixe la durée de la concession (...)* ». C'est également sur la base de ces dispositions que l'arrêté du 23 décembre 1959 prévoit que « *la durée du cahier de charge ne peut excéder dix-huit ans* », et c'est expressément dans ce sens que le ministre de l'intérieur s'est vu attribuer la compétence de définir les

⁸⁶⁰ DOURLENS Nicolas, Note sous CE, 3 octobre 2003, n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « Durée des concessions : le cas des délégations de service public de casino », *Contrats publics-ACCP*, n° 29, janvier 2004, p. 48

⁸⁶¹ Ibid, spec. p. 50

modalités d'applications des dispositions de la loi de 1907, en particulier la durée maximale des cahiers des charges de la concession des casinos⁸⁶².

853. Il s'agit ainsi d'une règle spéciale prise sur le fondement d'une législation spéciale qui se combine « *sans les méconnaître* » avec les règles de la loi du 29 janvier 1993⁸⁶³. Ainsi les dispositions générales de l'article 40 de la loi Sapin relatives à la fixation par la collectivité locale de la durée de la concession ne trouvent à s'appliquer que pour autant que la loi de 1907 ne s'y oppose pas⁸⁶⁴. Le Conseil d'État a ainsi fait prévaloir les dispositions réglementaires issues de la police spéciale des jeux sur les règles législatives issues du droit de la concurrence.

854. Par ailleurs, sur le point de la constitutionnalité de la fixation du plafond, le Conseil d'État a considéré que celle-ci n'entrave en rien le principe de la libre administration. Ainsi aux termes du conseil dans sa décision *Commune de Ramatuelle* « *en limitant, [...], à dix-huit ans la durée du cahier des charges de la délégation consentie par la commune à l'exploitant d'un casino, le ministre de l'intérieur et le ministre chargé du budget n'ont ni excédé les limites de la compétence que la loi du 15 juin 1907 et le décret du 22 décembre 1959 leur ont attribuée, ni méconnu les exigences de la libre administration des collectivités territoriales* ».

B- Une fixation liée implicitement aux contrats de bail

855. Le rapporteur public, évoqua dans ses conclusions sur la décision du 3 octobre 2003 qu'avant la modification du 9 mai 1997, l'article 3 de l'arrêté du 23 décembre 1959, relatif à la demande d'autorisation, ne comportait aucune mention d'une durée d'autorisation maximale⁸⁶⁵. Or, Contrairement à ce qui a été indiqué par le rapporteur public, cette durée figure depuis l'instruction primitive de 1909⁸⁶⁶ selon

⁸⁶² Idem

⁸⁶³ MITJAVILE Marie-Hélène, conclusions sur CE, 3 octobre 2003, n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « La limitation de la durée des concessions de casinos par arrêté interministériel est-elle légale ? », *BJCP*, n° 32, janvier 2004, p. 50

⁸⁶⁴ Ibid, spec. p. 53

⁸⁶⁵ Ibid, p. 50

⁸⁶⁶ VINCENTBEAUTSAR Matthieu, Note sous CE, 3 octobre 2003 n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « Durée des concessions de Casino : pour une remise en cause de la jurisprudence commune de Ramatuelle par des considérations historiques », *LPA*, 9 août 2004 n° 158, p. 18

laquelle « *le cahier des charges détermine d'une manière précise les obligations et droits réciproques de la commune et de l'établissement demandeur (...). D'autre part il doit indiquer pour quelle durée il est établi, sans que celle-ci puisse dépasser dix-huit ans* ». Depuis cette date, cette fixation de la durée maximale a été reprise par une série d'arrêtés successifs, entre autre l'arrêté du 23 décembre 1959. Aux termes de son article 4 « *le cahier des charges qui doit être accepté par le demandeur, indique la durée pour laquelle il est établi, sans que celle-ci puisse dépasser dix huit ans* ».

856. Dans cette mesure, il convient de connaître les réelles raisons animant le choix de cette durée à part la question des exigences de police spéciale. En effet, la solution apparaît dans les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi de 1907, et plus particulièrement dans la présentation et la discussion de son article 2. Dans un premier temps, le rapporteur de la proposition de loi, le député Marcel Régnier, considéra dans son rapport que la « *durée des autorisations pourra être longue ; la commission pense même qu'elles devront être nécessairement longues et ne voit nul inconvénient à ce qu'elles atteignent dix-huit ans* »⁸⁶⁷. Dans un second temps, et à l'occasion du débat au sein de la Haute chambre, le sénateur Adolphe PEDEBIDOU, justifiera, dans son rapport, le choix de cette durée maximale en disant qu'il « *appartiendra au conseil municipal d'indiquer au mieux des intérêts de la station, la durée des autorisations qui ne pourra dépasser celle des baux actuels des communes, c'est-à-dire dix-huit années* »⁸⁶⁸.

857. En retournant, ainsi, au régime qui était applicable en 1907 aux baux conclus par les communes, on remarque qu'on distinguait entre les baux inférieurs ou supérieurs à dix-huit ans. Ces derniers étaient soumis à l'approbation du préfet. Ainsi aux termes de l'article 68 des lois du 5 et 6 avril 1884 sur *l'organisation municipale* « *ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées par l'autorité supérieure les délibérations*

⁸⁶⁷ Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Marcel REGNIER et plusieurs de ses collègues sur *la réglementation des jeux dans les cercles et les casinos de stations balnéaires, thermales et climatiques*, par M. Marcel REGNIER, Chambre des députés, séance du 7 mars 1907, annexe n° 820, *JO documents parlementaires* du 25 mai 1907, p. 221

⁸⁶⁸ Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi adoptée par la chambre des députés sur *la réglementation des jeux dans les cercles et les casinos de stations balnéaires, thermales et climatiques*, par Adolphe PEDEBIDOU, Sénat, séance du 23 mai 1907, annexe n° 125, *JO documents parlementaires*, du 20 octobre 1907, p. 109

portant sur les objets suivants : 1) les conditions des baux dont la durée dépasse dix-huit ans... ». Ce régime était le résultat d'un ensemble de lois entre autres la loi des 25-30 mai 1835 qui autorisait les communes à affermer leurs «biens ruraux pour dix-huit années» et la loi des 24 et 29 juillet 1867 qui étendait cette faculté à l'ensemble des baux conclus par les communes, sans distinction entre les baux à loyer et les baux à ferme. Avant ces textes, les baux que les communes pouvaient conclure sans approbation ne devaient pas excéder neuf années. Cependant, et en raison des considérations de politique agricole que la durée de ces baux a été fixée en 1835 à dix-huit ans, durée au-delà de laquelle il ne s'agissait plus, pour la législation de l'époque, d'un acte d'administration⁸⁶⁹. Cette hypothèse serait justifiée dans l'intervention de M. Harouard RICHEMOND à la chambre des députés le 7 mars 1835 aux termes de laquelle il considérait qu' « on comprendra facilement qu'un des premiers besoins de l'agriculture est la fixité, la stabilité ; or je vous le demande, ces deux conditions indispensables se rencontrent-elles dans un bail d'une période de neuf années ? Évidemment non : c'est donc à cette chose qu'il faut chercher un remède, et ce remède, c'est dans l'adoption de notre proposition que vous pourrez le trouver : en autorisant les communes, hospices et autres établissements publics à affermer leurs biens ruraux pour une période qui n'excéderait pas dix-huit ans »⁸⁷⁰.

858. En conclusion, il serait évident que ce ne sont ni les « exigences de la police spéciale des jeux » ni les « conditions posées par la loi du 15 juin 1907 » qui ont conduit le ministre de l'Intérieur à limiter dans son instruction de 1909, d'une manière générale, la durée du cahier des charges à dix-huit ans mais en application d'une législation qui est aujourd'hui abrogée.

859. Il résulte ainsi de ces réalités que le législateur n'avait point la volonté d'accorder au ministre de l'intérieur le pouvoir de déterminer par une règle de portée générale la durée maximale des conventions de casinos. Ainsi cette disposition n'est plus valide non seulement parce que la loi sur les durées des bail communaux est abrogée mais

⁸⁶⁹ VINCENTBEAUTSAR Matthieu, Note sous CE, 3 octobre 2003 n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « Durée des concessions de Casino : pour une remise en cause de la jurisprudence commune de Ramatuelle par des considérations historiques », prec, spec. p. 20

⁸⁷⁰ Ibid, spec. p. 20 (note 19)

aussi par ce que le ministre de l'Intérieur jouit dorénavant d'une disposition particulière, inhérente cette fois-ci à la police spéciale des jeux, qui se manifeste par la révocation de l'autorisation d'exploiter des jeux « *en cas d'observation du cahier des charges ou des clauses de l'arrêté ministériel* », ce retrait ne pouvant « *donner lieu à une indemnité quelconque* », vidant ainsi la concession de sa substance⁸⁷¹.

860. Finalement, et alors que la durée moyenne des DSP va dans le sens d'une restriction avec le temps ce qui conduit normalement le législateur à revoir les lois fixant une certaine durée maximale pour la rétrécir, l'arrêté du 14 mai 2007 est venu augmenter le plafond dans le domaine des casinos à 20 ans. Les raisons animant cette fixation étant toujours inconnues, il serait quasiment impossible de connaître les intentions du ministre de recourir à cette augmentation ? Faut-il se contenter de l'argumentation liant cette fixation aux règles de polices pour ne plus en discuter ? Ou bien, s'agit-il simplement d'une volonté d'aligner les conventions de DSP en matière des casinos à celles en matière d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets surtout après l'abrogation de la loi fixant la durée maximale des contrats de bail communaux ? À priori, il semble que ce régime ait été calqué sur celui des délégations des services publics de l'eau, mais en réalité, il n'en est rien, pour la simple raison que dans le premier cas la dérogation à la durée maximale demeure possible après accord du trésorier payeur général, notamment, si la consistance des investissements à réaliser le justifie. Cependant, pour les délégations de casinos, rien n'est prévu en la matière⁸⁷². Ainsi, aucun dépassement n'est permis. Ce qui fait qu'en cas d'une impossibilité d'amortissement totale des installations au regard du temps prévu, deux conséquences peuvent être envisagées : soit la disproportionnalité évidente du calibrage des tarifs, soit le délégataire est poussé à réaliser des sous-investissements dans le but de maximiser leur amortissement et, en cas de défaillance ou de problèmes par la suite, de demander éventuellement une participation à l'autorité délégante. Dès lors, la solution de la durée maximale qui ne peut être modifiée pour les concessions de casinos n'est de toute

⁸⁷¹ Ibid, spec. p. 20

⁸⁷² VILA Jean-Baptiste, « Bilan en demi-teinte d'un service public aux intérêts financiers : les concessions de casinos », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2013, étude 2, (pt. 19)

évidence pas satisfaisante⁸⁷³.

861. Cependant, à part la polémique déclenchée par la recherche des réelles raisons justifiant la fixation de la durée maximale et le manque de crédibilité dans le choix de ce plafond, l'application de ce plafond au niveau de l'ensemble des contrats de délégation de service public a révélé certaines imperfections pratiques de la fixation législative anticipée.

Section II: Les imperfections de la fixation anticipée

862. La rapidité des changements au niveau des lois surprend et conduit à s'interroger sur les méthodes du travail législatif. Ainsi dans les deux ans qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi Sapin plusieurs retouches lui ont été apportées sans qu'un véritable bilan de son application ne soit dressé⁸⁷⁴.

863. Il est vrai que l'idée de la fixation de la durée maximale présente deux intérêts pratiques : *« d'une part, le mécanisme de la durée contractuelle plafond laisse à la personne publique la possibilité de construire une durée variable dans le contrat tant qu'il n'ait pas porté atteinte aux grands principes de la commande publique et à ce seuil maximal »*⁸⁷⁵ et dans ce cadre la collectivité locale garde une certaine marge de manœuvre dans le choix de la durée contractuelle; *« d'autre part, et même si le juge administratif vient à priori limiter la capacité des personnes publiques à fixer le contenu de leur contrat, il respecte en réalité le principe de liberté contractuelle des autorités déléguées. En effet, ces dernières sont à même de déterminer la clause relative à la durée au regard des données économiques du contrat tout en se conformant à une durée contractuelle maximale »*⁸⁷⁶. Cependant cet intérêt pratique perd tout son sens quand la durée maximale perd sa véracité et ne représente plus la réalité. Ici apparaissent les imperfections de la fixation anticipée du plafond.

⁸⁷³ Idem

⁸⁷⁴ DOUENCE Jean-Claude, TERNEYRE Philippe, « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, n° 5, septembre-octobre 1995, p 971, spec. p. 972

⁸⁷⁵ VILA Jean-Baptiste Note sous CE, 8 février 2010, n°323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », *JCP A*, n° 17, 26 avril 2010, 2146, p. 26, spec. p. 29

⁸⁷⁶ Idem

864. La première imperfection attribuée à la fixation législative anticipée réside dans la nécessité d'une révision permanente de ce plafond ce qui inflige une précarité législative de celui-ci (paragraphe 1), et d'une instabilité qui s'opposent profondément aux caractéristiques requises de toute législation à savoir la stabilité de la vie juridique.

865. La seconde imperfection qu'enregistre la fixation législative anticipée de la durée maximale réside dans son inconstitutionnalité, ou au moins dans son éloignement de l'esprit de la décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 ce qui remet en cause l'interprétation donnée à celle-ci (paragraphe 2) dans l'objectif de prouver que si la loi Barnier avait été soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel elle aurait sûrement été censurée.

Paragraphe 1 : La précarité législative de la durée maximale

866. La fixation du plafond dans le domaine des casinos n'a pas suscité une modification périodique étant donné que le choix de ce plafond était commandé par un autre plafond établi dans le domaine des contrats de bail, dont la modification est presque absente. Par conséquent, la stabilité de la durée maximale des contrats de bail entraîne avec elle la stabilité du plafond des délégations de service public des casinos.

867. Cependant, si la durée plafond des concessions de casinos a connu une stabilité pendant des décennies pour des raisons liées à l'ordre pratique, les cas n'est point similaire dans les autres domaines de délégations de service public tel le domaine de l'eau. En effet, la rapidité et la souplesse avec lesquelles les dispositions instaurant le plafond dans le domaine de l'eau ont été votées, ainsi que la faiblesse des raisons qui étaient derrière cette fixation, annonçaient une précarité dans le maintien de ce plafond.

868. Cette précarité s'est incarnée dans de nombreuses études qui ont manifesté la nécessité de modification de ce plafond. Il s'agit d'une constatation pratique de l'échec législatif de la fixation (A). De plus, l'authenticité de ce problème a obligé le parlement même à revoir cette durée maximale à travers un projet de loi qui n'a malheureusement pas vu le jour pour des raisons qui sont restées dissimulées. Ce qui a manifesté de nouveau un échec législatif mais cette fois-ci dans la modernisation (B)

A- La constatation pratique de l'échec législatif

869. L'adoption de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 ne s'est pas attardée à marquer son inadaptabilité à l'égard du progrès et de l'évolution qu'imposent la technologie ainsi que les besoins des services publics en question. Ainsi à l'écoulement d'un certain temps depuis la promulgation de la loi Barnier, une instabilité pratique du plafond a été détectée (1), menaçant ainsi le maintien de la transparence et des principes de la bonne gestion du service public ce qui a imposé la mise en route immédiate des plans de réformes (2).

1- L'instabilité pratique du plafond législatif avec le temps

870. Quoiqu'on ait estimé que la fixation du plafond instaurée par la loi du 2 février 1995 mettrait fin aux situations de domination du marché par les grandes entreprises délégataires et à la confiscation de la liberté des collectivités dans la gestion de leurs services, la pratique a montré, quelques années de la date de promulgation de ladite loi, l'invalidité de cette hypothèse en raison de la réduction continue des durées réelles des contrats de délégation de service public en domaine de l'eau et de l'assainissement.

871. Il s'agit, en effet, d'une série d'études consacrées à ce sujet. Dans ce cadre, une enquête a été menée par l'Ecole nationale du génie rural des eaux et forêts, ENGREF, à la demande des agences de l'eau, sur les procédures de la loi Sapin conduites en 1998 et 1999. Cette enquête a montré que ces procédures ont permis de faire passer la durée des contrats de dix-sept ans en moyenne, à moins de douze ans⁸⁷⁷. Ce même constat a été relevé aussi par la Cour des comptes dans son rapport annuel⁸⁷⁸. De ce fait, l'enquête envisagea que le plafond serait réduit à douze ans en matière d'eau et d'assainissement et de garder le plafond initial en matière des ordures ménagères et des autres déchets. Donc

⁸⁷⁷ Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, *JO conseil économique et social, avis et rapports*, mercredi 22 novembre 2000.

⁸⁷⁸ Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, rapport public, décembre 2003, p. 11

La fixation de 20 ans comme durée maximale en 1995 s'est révélée incompatible avec la pratique, trois ans après la promulgation de la loi Barnier ce qui permet de se demander en public et non en cachette si la fixation de la durée maximale des délégations de service public par le biais des textes s'avère opportune et fiable.

872. Dans la même ligne de pensée, la réduction réelle de la durée maximale avec le temps entraînera une réduction du niveau du contrôle que la loi du 2 février 1995 s'est forcée de montrer qu'elle le protégerait à travers la consultation du trésorier payeur général (aujourd'hui directeur départemental des finances publiques) au cas où la durée contractuelle dépasserait les 20 ans. Or désormais, cette version n'est plus valide et ne répond plus à l'objectif de sa création pour la simple raison que ce contrôle devrait dorénavant être sollicité à partir du moment où la durée excède les 12 ans voire moins. Ainsi, le garder exclusivement au-delà des 20 ans lui fera perdre son sens et son efficacité puisque l'excessivité de la durée contractuelle qui nécessite un contrôle se déclenche désormais à partir des 12 ans. Dans ce sens, on pourra voir une DSP en matière d'eau potable conclue par exemple pour une durée de 18 ans. Cette délégation, quoique conforme à la loi et ne nécessitant pas de ce fait le recours au trésorier payeur général pour la contrôler puisqu'elle ne dépasse pas la durée maximale prévue, peut pourtant constituer un abus et une déviation de l'objectif principale de l'art 75 de la LOI n° 95-101 du 2 février 1995 puisqu'elle dépasse la durée maximale réelle que peut avoir une délégation.

873. Par ailleurs, concernant le principe de la mise en concurrence, de la périodicité et de la protection des collectivités de la domination des grandes entreprises sur le marché des DSP que la fixation du plafond prétend prévaloir, la pratique a également montré son invalidité. En effet, le taux de changement du délégataire est trop faible, et les comportements des collectivités contribuent à cette situation. Environ trois contrats sur 1000 changeront chaque année de titulaire⁸⁷⁹, ce qui montre l'absence d'une vraie concurrence. Les collectivités ont souvent tendance à continuer à travailler avec le même délégataire et malgré la pression concurrentielle établie par la loi Sapin et la

⁸⁷⁹ Rapport du haut conseil du secteur public, *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains?*, La Documentation française, Paris, décembre 1999.

grande marge de transparence, le résultat final des consultations n'a pas été modifié, à savoir la reconduction des sortants.

874. En général, le problème de la fixation législative d'une durée maximale est que cette durée plafond ne demeurera pas à jamais efficace et compatible avec l'évolution technologique. En effet, à un moment donné ce plafond théorique ne correspondra plus au réel plafond pratique. Ainsi, un fossé s'établira entre la durée maximale et la durée normale que doit avoir un contrat ce qui n'empêche pas d'avoir des contrats conclus, conformément à la loi, pour des durées qui excèdent la durée normale d'amortissement. Dans ce cadre, il importe de rappeler que certains auteurs⁸⁸⁰ considèrent que le rapport entre la fixation de la durée contractuelle et l'amortissement ne valent que dans les contrats pour lesquelles la durée maximale n'est pas fixée par des textes, et que par la suite dans le cas contraire la durée maximale est régie par les textes et non par la durée normale d'amortissement. Ainsi si leur pensée, qui n'est sûrement pas la nôtre, serait adoptée, on pourrait aujourd'hui voir conclure des conventions de DSP dans le domaine de l'eau ou des casinos pour des durées excessives contraignant à la fois les collectivités, que la loi prétend protéger, et le service public en question. Dès lors, cette loi qui est venue préserver le domaine de l'eau de la corruption et de la passation des contrats à des durées excessives, serait, elle-même, en raison de son non association à l'évolution, un écran facilitant la passation de tels contrats. Faire face à ce problème en usant de la même façon de penser du législateur de 1995 consisterait à réduire de nouveau ce plafond et à chercher une nouvelle durée maximale qui reflète la réalité de ces contrats. Une telle solution lie le législateur à une révision continue de la loi pour l'adapter périodiquement au besoin du terrain. Une tâche qui n'est évidemment ni facile ni pratique.

2- La mise en route des plans de réforme

875. Conscient de cette carence, et faisant face aux problèmes surgis dans le domaine de l'eau, le gouvernement cherchait à réformer la politique de ce secteur au niveau des délégations de service public. Dans ce contexte, il manifestait, par les

⁸⁸⁰ VILA Jean-Baptiste Note sous CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », *prec.*, *spec.* p. 28

déclarations du ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement⁸⁸¹ des 20 mai 1998 et 27 octobre 1999, sa volonté de soumettre au parlement un projet de loi portant *Reforme de la politique de l'eau*. Dans le même sens, par une lettre en date du 6 mars 2000, le gouvernement a sollicité l'avis du conseil économique et social⁸⁸² sur la réforme de l'eau et s'est servi d'un rapport d'information⁸⁸³ rendu le 22 mai 2001 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan *sur le financement et la gestion de l'eau* pour développer son projet de loi.

876. Les deux comités s'étaient préoccupés de sortir avec des propositions évolutionnaires (a) capables de combler les lacunes persistantes dans le domaine des DSP. Cependant sur le point de la nécessité ou non de revoir la durée maximale imposée par la loi du 2 février 1995 les avis au sein du même comité se sont divergés ce qui a créé une controverse (b) pertinente à revoir et à en tirer les conséquences.

a- Des propositions évolutionnaires sur plusieurs niveaux

877. Dans son avis, le conseil a annoncé qu'il ne souhaite pas « *une limitation arbitraire de la durée des contrats* »⁸⁸⁴, celle-ci doit toujours se conformer à la nature de ceux-ci dans le sens où les contrats de concession ne nécessitent pas une durée semblable à celle évoquée pour les contrats d'affermage. Ainsi il faut distinguer dans les textes entre la durée maximale d'un contrat de concession et celle d'un contrat d'affermage. Cependant, concernant les échos répandus selon lesquels les contrats à longue durée vont

⁸⁸¹ Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, op. cit., p. 5

⁸⁸² Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, *JO conseil économique et social, avis et rapports*, mercredi 22 novembre 2000.

⁸⁸³ Rapport d'information n° 3081 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, par Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, mai 2001.

⁸⁸⁴ Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, op. cit., p. 96

à l'encontre du service et des usagers, le conseil considère *«qu'il n'est pas forcément de l'intérêt des consommateurs que les contrats soient les plus courts possibles. En effet, le délégataire calcule la rentabilité de son contrat sur l'ensemble de la période, en acceptant parfois un rendement négatif les premières années, le temps de réaliser des gains de productivité. Trop raccourcir l'horizon aurait pour effet de conduire les entreprises à chercher à réaliser du profit plus tôt, donc à prendre moins de risques et à demander des prix de l'eau plus élevés, ainsi qu'à moins s'investir dans la recherche de gains de productivité»*⁸⁸⁵. Il dresse une simple équation connue par tous, qui lie la réduction de la durée à l'augmentation du prix, si l'on veut évidemment garder la même qualité du service.

878. Pour le conseil, la solution est ailleurs. Après avoir discuté la question de la création d'un haut conseil du service public de l'eau et de l'assainissement, organe *« régulateur »* prévu par l'avant projet de loi et la limitation de son rôle à la production et la diffusion des informations générales sur le marché de l'eau⁸⁸⁶, il propose *« que soit prévue une procédure de renégociation des contrats tenant compte notamment des éléments d'informations et de comparaison que le Haut Conseil du service public de l'eau et de l'assainissement doit pouvoir fournir. Il suffirait pour cela d'inscrire des clauses de révision dans le contrat. Les conditions de ces révisions doivent être précisées, de manière notamment à ce qu'elles ne remettent pas en cause la mise en concurrence initiale »*⁸⁸⁷. Dans ce sens, le conseil propose de réviser constamment les contrats en cours concernant notamment la clause de la durée sans pourtant mettre en cause la mise en concurrence.

879. D'ailleurs, cette idée d'une clause de révision constitue une novation, un avancement dans ce domaine qui craignait depuis toujours toute modification affectant la durée au cours de l'exécution des contrats de DSP. Ainsi, que cette proposition soit prise en compte par le gouvernement dans son projet de loi ou non, la seule idée de son évocation par une autorité reconnue experte et fiable tel le conseil économique et social, constituée, à elle seule, un grand progrès et un pas en avant qui devra être assumé un jour.

⁸⁸⁵ Idem

⁸⁸⁶ Ibid, p. 92

⁸⁸⁷ Ibid, p. 96

880. L'avis met en exergue l'asymétrie qui entache la relation entre certaines communes ne disposant pas de personnel technique ou de conseil suffisants et des groupes internationaux, concentrés, aux capacités financières et techniques hors de proportions, ainsi que l'asymétrie d'information qui entache la relation entre une collectivité qui ne gère que quelques contrats de délégation et une entreprise qui en négocie des milliers⁸⁸⁸. Ainsi, pour rendre et maintenir le centre de la décision au niveau local il faut combattre cette asymétrie. Dans ce sens, le Conseil économique et social demande que des mesures soient prises pour faciliter l'accès à une expertise neutre et qualifiée. Pour le faire, il suggère que soit entreprise une démarche de certification de la qualité des conseils en la matière, garantissant leur indépendance par rapport aux groupes délégataires⁸⁸⁹.

881. Dans un second temps, Un rapport d'information⁸⁹⁰ est intervenu en 2001 sur le financement et la gestion de l'eau. Ce rapport qui s'intéressait notamment au prix du service de l'eau, évoquait les problèmes qui le contournaient et le rendaient de plus en plus élevé. Et compte tenu du rapport étroit de causalité existant entre le prix et la durée du contrat, les solutions relevées par ce rapport peuvent servir de près le problème de la durée des DSP. Il relève que la démocratie locale, faite de proximité, de contrôle local, d'information et de transparence, est trop souvent entravée par un système qui transfère le pouvoir réel aux sociétés délégataires qui ont fait de l'opacité l'instrument de leur pouvoir. « *Le service public et l'intérêt général sont donc mis au service des intérêts privés* »⁸⁹¹. Pour contrôler la hausse des prix d'un an à autre, le rapport propose que soient donnés aux usagers les moyens pour mieux contrôler leur argent et veiller à ce que les contrats de DSP ne soient pas déséquilibrés au profit du groupe délégataire et au détriment des usagers⁸⁹². Il avoue que le législateur n'a pas réussi jusqu'alors à combler le déséquilibre structurel entre les acteurs d'une DSP. Ainsi, il évoque que les pratiques irrégulières subsistent et des nouvelles apparaissent et échappent aux lois en vigueur. Ces

⁸⁸⁸ Ibid, p. 93

⁸⁸⁹ Idem

⁸⁹⁰ Rapport d'information n° 3081 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, par Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, mai 2001.

⁸⁹¹ Ibid, p. 11

⁸⁹² Ibid, p. 20

problèmes sont souvent détectés par les chambres régionales de comptes et concernent notamment la question de transparence ainsi que le fonctionnement de certains services publics d'eau et d'assainissement qui conduisent à faire peser sur l'utilisateur les charges des indues en augmentant le prix de l'eau.

882. Ce rapport rappelle que le problème principal dans les délégations de l'eau est l'absence d'une réelle concurrence en raison de la domination du marché par un nombre restreint de délégataires qui sont arrivés à un certain compromis entre eux leur permettant de le partager simultanément. Rappeler ce problème après 6 ans de la loi du 2 février 1995 montre que la solution adoptée à l'époque pour faire face à ce même problème n'a pas abouti. Et que donc la question de la limitation de la durée ne règle plus ou ne règle pas suffisamment le problème de l'absence de la concurrence. Et pourtant, le rapport présente l'avantage d'une nouvelle réduction de la durée du contrat à 12 ans voire même à 10 ans. Le fait que la majorité des contrats dans ce domaine représente des contrats d'affermage encourage cette réduction, d'autant que la possibilité, encadrée, de prévoir une durée plus longue en cas d'investissements plus lourds est toujours maintenue. Cela permettrait à la fois une plus fréquente mise en concurrence et une plus grande responsabilisation des élus⁸⁹³.

883. Le rapport soutient également la création d'un haut conseil responsable de collecter et de diffuser les informations précises relatives aux services de distributions et d'assainissement d'eau et qui pourrait accomplir des analyses comparatives des services existants prenant en compte leur durée et les efforts consentis en faveur de l'entretien et de la préservation du patrimoine dans le domaine de l'eau. Le rapporteur propose même de confier à ce conseil une mission plus large pour veiller au fonctionnement concurrentiel du marché⁸⁹⁴.

884. De surplus, le rapport relève que les contrats d'aujourd'hui apparaissent déséquilibrés au profit des délégataires. En effet la suppression des cahiers des charges types qui étaient obligatoires avant les lois de décentralisation a permis au délégataire d'imposer ses propres conditions par un contrat type qu'il prépare, et que la collectivité

⁸⁹³ Ibid, p. 44

⁸⁹⁴ Ibid, p. 46

n'a qu'à approuver. Le rapport propose donc de mettre à la disposition des collectivités des récents cahiers des charges types à caractère indicatif qui les guident dans leurs négociations. Ce mécanisme accroîtra le contrôle exercé par la collectivité et améliorera sa situation. L'idée de la révision du contenu de la délégation lui-même⁸⁹⁵ doit être prise en compte.

b- La controverse relative à un retour sur la modification du plafond législatif

885. Alors que le rapport d'information a proposé la réduction de la durée maximale de ces contrats à 12 ans voire 10 ans, les rédacteurs de ce rapport n'étaient pas tous d'accord sur la pertinence de cette réduction. Certains y voyaient des avantages d'autres des inconvénients. Les premiers considèrent qu'une réduction de la durée des contrats va donner une chance supplémentaire aux collectivités de négocier et de renégocier. Et même le fait de remettre dans des courtes durées le prix à une renégociation va entraîner souvent une évolution du prix vers le bas. D'autres, au contraire, voient dans la réduction de la durée, d'abord, une réduction de la marge donnée à la collectivité de préciser la durée avec son délégataire en fonction des prestations demandées, ensuite, une augmentation remarquable du prix pour pouvoir amortir les installations dans une durée limitée et enfin, une plus grande facilité d'une entente de répartition du marché entre les grands délégataires.

886. Quoique le clan de la réduction ait emporté le débat, les justificatifs présentés par les deux groupes méritent d'être évoqués, d'une part, en raison de leurs bien-fondés, et d'autre part dans l'intention de prouver que la fixation présente des risques que ses avantages ne peuvent écarter.

887. M Yves TAVERNIER⁸⁹⁶, le rapporteur, place la discussion dans son cadre logique en évoquant qu'un plafond de 20 ans pose un problème de démocratie étant donné qu'il correspond à trois mandatures de la collectivité territoriale. Cependant, la réduction de la durée maximale à 12 ans est vue par les groupes délégataires comme trop courte pour pouvoir amortir tous les investissements ce qui conduira obligatoirement à

⁸⁹⁵ Ibid, p. 47

⁸⁹⁶ Ibid, p. 73

augmenter le prix de l'eau.

888. Interpellé sur la question de la réduction, M. Bernard SCHOKAERT encourageait cette initiative dans le domaine de l'eau. Selon lui, les contrats actuels sont jugés trop longs et les collectivités sont en quelque sorte « *prises en otages* »⁸⁹⁷ car à partir du moment où ces contrats sont conclus pour des longues durées, leur modification ainsi que le changement du concessionnaire s'avèrent quasi impossibles.

889. Sur la possibilité d'envisager dans le projet de loi deux durées de concessions, l'une correspondant aux concessions qui nécessitent des investissements ou un renouvellement d'investissement, et l'autre correspondant aux concessions pour lesquelles les installations sont déjà présentes, M. Dominique Bur, directeur général des collectivités locales au ministère de l'intérieur, affirme qu'il ne soutient pas cette proposition de durées différenciées. Pourtant, M. Jean-Pierre DELALANDE, président de la séance, insiste sur le fait que l'expérience a permis de connaître la durée d'amortissement des canalisations et donc il serait possible de cadrer la durée des concessions pour les nouveaux investissements car ceci permettra de donner plus d'argument pour raccourcir la durée des contrats de concession pour lesquels les investissements existent déjà. Cette démarche permettra aussi d'appliquer un meilleur contrôle de qualité et une meilleure évaluation de la part des collectivités⁸⁹⁸.

890. Cependant, M. BUR dévoile la perplexité qui s'opposait aux rédacteurs du projet de loi⁸⁹⁹. Il s'agit de savoir s'il faut préciser le plafond ou donner plus de crédit au principe de la liberté d'administration des collectivités. Il rappelle qu'il faut équilibrer toujours avec ce principe et que même dans les cas où le législateur a déjà fixé une durée maximale, il avait toujours le souci de laisser une marge d'appréciation aux collectivités. M. BUR se demande s'il faut légiférer au delà des 12 ou des 20 ans ? Ou encore faut-il fixer un cadre plus étroit pour aider les collectivités ? Et ces dernières seront-elles favorables à une telle intervention ? Où serait le principe de la liberté contractuelle dans ce cas ?

⁸⁹⁷ Idem

⁸⁹⁸ Ibid, p. 102

⁸⁹⁹ Ibid, p. 103

891. D'ailleurs, M. Jean-Jacques JEGOU ne voit pas en quoi la réduction de la durée des contrats qui est devenue une « *mode* »⁹⁰⁰ aujourd'hui, peut bénéficier à la transparence. Il relève que dans certains cas de canalisations faites après la guerre, les réseaux ont besoin d'être changées. Ceci nécessite de grands investissements qui ne peuvent être réalisés en réduisant la durée des contrats d'affermage.

892. Sur ce point, M. BUR pense que c'est une question d'équilibre car autant qu'il y a des éléments qui encouragent sa réduction, il y a aussi des éléments qui nécessitent sa prolongation.

893. À son tour, M. Luc VALADE, estime que la réduction de la durée des contrats va donner une chance supplémentaire aux collectivités de négocier et de renégocier. Le fait de remettre en négociation le prix de façon plus fréquente, en raison des courtes durées, cette renégociation entraînera normalement à une évolution du prix vers le bas⁹⁰¹. Ceci constitue un avantage de la réduction de la durée.

894. Ceci ne serait pas l'avis de M. Christian LACOTTE⁹⁰² qui sollicite l'attention sur les raisons qui le poussent à refuser la réduction de la durée maximale à 12 ans. Selon lui, à l'international ces contrats sont de l'ordre de 20 à 25 ans et que donc même si la moyenne des contrats aujourd'hui est de 12 ans, il faut laisser une marge à la collectivité de préciser la durée avec son délégataire en fonction des prestations demandées.

895. D'un point de vue similaire, M. Olivier BARBAROUX⁹⁰³ était convaincu que les durées des contrats sont choisies conformément aux durées d'amortissements des investissements, et ne voit pas un intérêt dans la recentralisation au niveau national des durées dans le domaine de l'eau car cela pourrait causer un problème d'amortissement et d'installation alors que le vrai problème est celui de la qualité de l'eau et de la sécurité

⁹⁰⁰ Idem

⁹⁰¹ Conseil de la concurrence, Avis n° 00-A-12, *sur le prix de l'eau en France*, du 31 mai 2000, in Rapport d'information n° 3081 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, par Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, mai 2001, p. 130

⁹⁰² Ibid, p. 134

⁹⁰³ Ibid, p. 156

environnementale qui nécessitera des investissements importants. Il rappelle que si l'objectif est de stabiliser le prix tout en réalisant des investissements importants, il faut laisser la liberté aux collectivités de bâtir des projets avec le contrôle nécessaire des administrations d'Etat et des juridictions.

896. Ainsi les interlocuteurs ne s'étaient pas accordés sur la nécessité et l'opportunité de la réduction de la durée. Ce qui laissait la grande tâche au gouvernement.

897. De sa part, le conseil de la concurrence relève dans son avis⁹⁰⁴ la nécessité de la réduction en estimant que même si la pratique a montré que la durée des délégations en général est de l'ordre de 12 ans, les exigences du droit de concurrence imposent encore de réduire la durée des délégations si cette durée a été juste conclue pour évincer un délégataire concurrent. Cependant, il relève le problème des conventions à courtes durées qui facilitent la naissance d'une entente de répartition du marché et donc suggère⁹⁰⁵ d'engager des réflexions sur la durée optimale des conventions de DSP

B- L'échec législatif de la modernisation

898. Malgré l'ensemble des suggestions de réforme proposées par le conseil économique et social ainsi que le rapport d'information, le gouvernement a choisi de retourner à la technique contestable de la fixation du plafond comme solution à la corruption (1). Cependant sa tentative n'a pas abouti et le projet de loi qu'il a proposé dans ce sens a été retiré de la table de discussion sans aucun préavis (2)

1- Le retour contestable à la fixation du plafond comme seule solution à la corruption

899. En 2001, le gouvernement présenta finalement son projet de loi relatif à la réforme politique de l'eau⁹⁰⁶ réduisant la durée maximale des DSP de l'eau de 20 ans à 12 ans sans que ce projet puisse pour autant voir le jour.

⁹⁰⁴ Ibid, p. 186

⁹⁰⁵ Ibid, p. 192

⁹⁰⁶ Projet de Loi n° 3205, portant réforme de la politique de l'eau, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2001, *JO AN*, documents parlementaires, juin 2001

900. Le projet de loi visait la réalisation de plusieurs objectifs entre autres : la transposition dans le droit français de la directive-cadre 2000/60/CE du 23 octobre 2000 pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau et renforcer la décentralisation, et le renfort de la transparence, la démocratie et la solidarité dans le service public de l'eau et de l'assainissement.

901. Ce projet de loi reprenait l'idée que les problèmes qui affectent la concurrence sont le nombre restreint des délégataires, et l'absence d'une mise en concurrence fréquente à cause de la durée des contrats. Et même si la question de la durée a été réglée par la loi Barnier, le gouvernement préfère encore une poursuite de la réduction.

Ainsi, aux termes de l'article 33 du projet de loi dans sa version originelle : *« L'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales est modifié comme suit : I.- Le premier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : « 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. Dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à douze ans et dans le domaine des ordures ménagères et autres déchets une durée supérieure à vingt ans. Il peut être dérogé à ces durées maximales après examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente a'avant toute délibération relative à la délégation. »*

II.- Avant le dernier alinéa, sont insérés les alinéas suivants : « Lorsque le contrat de délégation d'un service public de distribution d'eau ou de l'assainissement met à la charge du délégataire le renouvellement des ouvrages ou les grosses réparations, un programme prévisionnel de travaux est annexé au contrat.

« A la fin du contrat, le délégataire verse au délégant une somme correspondant au montant nécessaire pour que ce dernier réalise ou fasse réaliser les travaux prévus au programme mentionné à l'alinéa précédent et non réalisés, sans préjudice de l'application des sanctions prévues par le contrat. » »

902. L'importance de cet article c'est qu'il reflète la réalité de l'instabilité du plafond avec le temps : dans six ans la durée maximale des conventions de DSP a diminué d'une moyenne de huit ans. Ceci certifie l'idée que la durée représente un élément flexible et variable dans le contrat.

903. Le rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges⁹⁰⁷ a prévu qu'en raison des pratiques actuelles, et compte tenu de l'asymétrie d'informations existant dans le domaine de l'eau où les collectivités locales ont à traiter avec un véritable oligopole, il est apparu nécessaire de réduire la durée maximale des contrats de délégation de service public. En effet, il serait regrettable que les collectivités soient « *captives* » de contrats conclus pour des durées pouvant aller jusqu'à vingt ans et plus en cas de dérogation. Dès lors, en cas de changement d'équipe municipale, toute réforme de la politique locale de l'eau ou du mode de gestion est impossible⁹⁰⁸. Ainsi, ce sont les mêmes raisons, toujours politiques, qui sont utilisées auparavant comme arguments pour fixer le plafond à vingt ans et aujourd'hui pour justifier la réduction. Ces raisons n'ont pas de rapports directs avec les besoins du service mais simplement avec la commodité de la vie politique locale.

904. Le rapport estime d'autre part, que par une remise en concurrence plus fréquente des délégataires lors des renégociations, cette disposition devrait contribuer à rééquilibrer les rapports de force entre ceux-ci et les collectivités locales, qui pourront par ailleurs adopter plus facilement une gestion en régie. Cependant, à notre avis, cette disposition qui peut bien jouer au profit de la collectivité peut ne pas le faire à l'égard de l'utilisateur, surtout si la durée du contrat serait réduite sans pour autant réduire les prestations demandées du délégataire. Dans ce cas bien précis, l'utilisateur va se trouver

⁹⁰⁷ Rapport n° 3500, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi portant réforme de la politique de l'eau, par M. Daniel MARCOVITCH, JOAN, documents parlementaires, décembre 2001

⁹⁰⁸ Ibid, p. 128

devant une augmentation des tarifs du service ce qui ne rentre sûrement pas dans son intérêt. Dans ce sens, c'est l'utilisateur qui paiera enfin le coût de cette opération et de cet équilibre des forces.

905. Sur ce point divers amendements ont été présentés : certains encourageaient la réduction de la durée maximale pour permettre aux collectivités de modifier plus facilement leur mode de gestion des services de l'eau, notamment en cas de changement de majorité politique de l'équipe municipale⁹⁰⁹ et parce qu'ils étaient convaincus que la durée maximale de vingt ans serait largement favorable aux délégataires, et non aux collectivités⁹¹⁰. Cependant, d'autres ont préféré garder la durée maximale à vingt ans car limiter cette durée à douze ans priverait les collectivités locales d'un « paramètre important de négociation et pourrait conduire les délégataires à réaliser des profits au plus tôt en demandant des prix de l'eau plus élevés »⁹¹¹. Et pourtant, la commission a admis finalement la réduction.

906. En outre, un avis⁹¹² a été rendu par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, celui-ci a considéré que le projet de loi a pour objectif de moraliser les pratiques des délégataires de services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et ceci à travers la réduction de la durée maximale de ces DSP. Le Rapporteur était favorable à la fixation d'une durée maximale plus courte, de 10 ans, qui serait ainsi inférieure à celle de deux mandatures municipales et éviterait à un conseil municipal d'être durablement lié par les choix de ses prédécesseurs. Il se justifie par des observations pratiques montrant que les demandes de dépassement de la durée maximale de 20 ans ont été rares depuis 1995 - une quinzaine seulement - et que l'avis défavorable du trésorier-payeur général n'a pas empêché certaines collectivités de conclure des

⁹⁰⁹ Amendement présenté par M. Daniel MARCOVITCH, Rapport n° 3500, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Daniel MARCOVITCH, *JOAN*, documents parlementaires, décembre 2001, p. 129

⁹¹⁰ M. André LAJOINIE, sur l'amendement présenté par M. Claude GAILLARD, Rapport n° 3500, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Daniel MARCOVITCH, *JOAN*, documents parlementaires, décembre 2001, p. 129

⁹¹¹ M. Pierre MICAUX, sur l'amendement présenté par M. Claude GAILLARD, Rapport n° 3500, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Daniel MARCOVITCH, *JOAN*, documents parlementaires, décembre 2001, p. 128

⁹¹² Avis n° 3517, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, décembre 2001

contrats plus longs⁹¹³. La commission a, de ce fait, admis la réduction de la durée maximale à 10 ans.

907. Au sein de l'Assemblée nationale M. Yves TAVERNIER estima qu'à la suite d'un sondage réalisé auprès des maires, ces derniers ont préféré réduire la durée maximale à 7 ou 8 ans⁹¹⁴.

908. Le projet de loi a prévu en outre conforter le rôle des commissions consultatives des services publics locaux dans le choix du délégataire. Il prévoit que ces commissions doivent être consultées pour l'ensemble des services publics locaux et préalablement à toute décision de délégation de service public ou de retour en régie et sur le rapport annuel du délégataire. En effet c'est à l'article 32 qu'il évoque la question de la transparence des services publics de l'eau et de l'assainissement et du renforcement du débat local. Dans cet objectif de transparence, il serait de la compétence des commissions consultatives des services publics locaux de rendre un avis préalable sur les projets de règlement de service, les tarifs des services de distribution d'eau, d'assainissement collectif et du contrôle de l'assainissement non collectif, ainsi que sur les rapports annuels sur le prix et la qualité des services de l'eau et de l'assainissement avant présentation aux assemblées délibérantes⁹¹⁵. Or élargir ce rôle constitue une solution importante au problème posé là-dessus concernant la réduction de la durée pour des raisons politiques. Car lier le choix du délégataire à l'avis de ces commissions donnera plus de crédibilité, de transparence au choix fait par la collectivité, et le rend plus acceptable par le conseil local suivant qui se voit encadrer par un choix pris sous des critères objectifs et sous le contrôle des experts.

Toutefois, et alors que l'Assemblée a voté le projet de loi, ce dernier n'a pas eu une suite.

909. En revanche, l'adoption du projet de loi, si elle avait eu lieu, aurait suscité plusieurs interrogations. L'on peut prendre l'exemple d'un contrat conclu en 2000 pour

⁹¹³ Ibid, p. 34

⁹¹⁴ Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, 3^{ème} séance du 10 janvier 2002, *JO AN*, n° 3 vendredi 11 janvier 2002 débats parlementaires, compte-rendu, janvier 2002, p.308, spec. p. 326

⁹¹⁵ Projet de Loi n° 3205, *portant réforme de la politique de l'eau*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2001, *JO AN*, documents parlementaires, juin 2001, p. 13

20 ans et qui aurait été considéré comme conforme à la loi de 1995 parce que la durée proposée n'excédait pas la durée maximale. Compte tenu du changement de loi intervenu un an après, quelle serait la situation de ce contrat ? Modifier le contrat créerait une précarité pour les contrats en cours et les contrats à venir car il y a une possibilité toujours de modifier la loi, et ne pas modifier le contrat poserait un nouveau problème, celui de l'égalité des candidats et des usagers envers le service. Car l'on aurait, parmi les mêmes types de contrats, certains avec des durées supérieures aux autres en raison des dispositions législatives sous lesquelles ces contrats ont été conclus, et il y aurait une différence certaine des prix du service dans chacun des deux contrats ce qui ne serait pas dans l'intérêt des usagers.

2- L'abandon du projet de réforme

910. Ayant considéré que ce projet de loi avait été insuffisamment concerté avec les acteurs de l'eau et que son contenu n'était pas satisfaisant, le gouvernement a suspendu ce projet.

911. A vrai dire, le projet de loi se basait sur certaines craintes justifiables. Le rapport d'information⁹¹⁶ sorti en 2001 sur *le financement et la gestion de l'eau* en est la preuve. Il remarque que le marché privé de distribution de l'eau et de l'assainissement, quoique considérable, repose en principe sur trois opérateurs privés. Cette forte concentration qui règne sur ce marché conduit évidemment à des doutes sur la réalité de la concurrence qui y existe. En effet, elle place les collectivités désireuses de déléguer leurs services publics locaux dans « *une situation non confortable* »⁹¹⁷ et ceci pour deux raisons : La première concerne le manque d'expertise technique dont bénéficie la personne publique à l'égard de la spécialisation existante dans ces groupes. La seconde concerne l'absence d'une réelle situation de concurrence qui rend la collectivité incertaine si l'offre qu'elle accepte est effectivement la meilleure, qu'il s'agisse de la qualité du service ou de son coût. Le rapport poursuit que, comme ce coût est payé par l'utilisateur, il faut veiller à ce que les contrats de délégation de service public ne soient pas

⁹¹⁶ Rapport d'information n° 3081 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, par Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, mai 2001.

⁹¹⁷ *Ibid*, p. 20

déséquilibrés au profit du groupe délégataire et au détriment des usagers⁹¹⁸. Pourtant cette crainte ne pourra être apaisée à travers une simple réduction de la durée maximale.

912. Dans un autre sens, le projet de loi s'est basé sur un souhait exagéré reposant sur la possibilité de conclure un contrat par une majorité des élus au début du mandat et pouvoir le renégocier avant la fin du mandat suivant. On voit ici que l'une des premières raisons derrière ce changement de la durée maximale se base sur des nécessités politiques et de liberté de gouvernance et non pas des besoins du service mis en délégation. Le législateur soutient l'idée que captiver les collectivités avec des contrats conclus pour des durées pouvant aller jusqu'à vingt ans et plus en cas de dérogation, revient à rendre impossible toute volonté de réforme politique locale de l'eau ou du mode de gestion lors du changement de l'équipe municipale. Mais la réduction de la durée maximale des DSP ne sera sûrement pas la bonne solution, car de toute façon il ne sera pas possible d'aligner la durée de la délégation, et donc aligner l'ensemble des prestations demandées ou l'amortissement des installations implantées, à la durée du mandat municipal. Il faut comprendre et admettre qu'il y aura toujours au moins un conseil municipal, et au moins un des contrats de DSP en cours, pour lequel il ne pourra pas décider et doit se voir appliquer la décision d'un conseil antérieur. Et c'est un cycle normal : un conseil prend la décision de renouvellement dans un type de contrat, son succédant prendra une décision pareille mais dans un autre contrat.

913. Cependant à supposer que ce projet de loi ait été adopté et que la durée maximale ait été réduite à 12 ans ou même à 10 ans, l'un des reproches qui pourraient être adressés à cette loi serait de compliquer la passation d'une convention de concession. En effet, la principale justification accordée à cette réduction était le recul marquant du recours aux contrats de concession. Or il peut arriver d'avoir besoin de passer un contrat de concession, en raison d'une nécessité de renouvellement radical des installations qu'un contrat d'affermage ne pourrait assumer. Il peut s'agir aussi, d'une évolution technologique qui imposera le recours à l'instauration de nouveaux équipements plus efficaces à la gestion du service et moins coûteux au budget de la personne publique. Le recours à la concession serait désormais plus compliqué au niveau des procédures

⁹¹⁸ Idem

requis surtout si la durée suggérée dépasse les 12 ans.

914. D'un autre côté, l'adoption de ce projet de loi l'aurait soumis aux mêmes critiques auxquelles était confrontée la loi du 2 février 1995 concernant l'inadéquation du plafond face au progrès des techniques d'amortissement. Dans ce sens, on rappelle ce que la pratique a prouvé que la fixation d'une durée maximale en nombre d'années ne sera pas valable pour toujours. Et donc le temps que le législateur met pour remarquer que cette durée n'est plus convenable aux cas d'espèce et pour décider la modification du plafond, combien de cas d'abus seraient détectés. De même, quel aurait été le sort des contrats conclus la veille de la promulgation de ladite loi de réforme en 2001 pour une durée de 20 ans étant donné que le lendemain cette durée serait considérée comme excédant la durée maximale de 8 ans. Ces contrats auraient pris fin, dans ce cas, en 2013 ou en 2021 ?

915. En outre, une nouvelle étude effectuée en 2005 a remarqué que la limitation de la durée a entraîné une diminution sensible de la durée moyenne des contrats, passée de dix huit ans environ avant la loi de 1995 à moins de douze ans en 2005⁹¹⁹. Donc en 10 ans (entre 1995 et 2005), la durée normale des DSP a diminué à une moyenne de 12 ans. Et de même la pratique a relevé qu'il devient de plus en plus rare de rencontrer dans ces domaines une concession, c'est souvent à travers un contrat d'affermage que ces services sont gérés, et pour des durées relativement courtes (de huit à douze ans)⁹²⁰. Ce point nous ouvre la voie à reposer la question sur l'efficacité de la fixation de la durée des DSP à travers une règle générale alors que ces durées maximales varient, dans la pratique, d'un contrat à un autre et d'un an à un autre.

916. Ainsi, en partant de la question de la lutte contre la corruption, et dans la recherche d'une solution efficace, le législateur a perdu la boussole encore une fois et s'est préoccupé d'une solution qui ne peut être que momentanée et loin d'être la meilleure. En effet, une durée plafond législative peut cacher des corruptions sous le nom de la loi. Le problème de la fixation législative n'a pas résolu le problème de la fixation

⁹¹⁹ GEFFRAY Edouard, conclusions sur CE 8 avril 2009, n° 271737 et 271782, *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet*, Rec. 2010, p. 117

⁹²⁰ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public, Transparence et service public local*, édition du moniteur, Paris, 2007, p. 145

contractuelle. Une telle fixation dans une loi générale a montré l'impossibilité de prévenir et de poser une règle stable dans des situations qui appellent les mutations.

917. De surplus, la proposition de ce projet de loi, à elle seule, reflétait la carence et l'échec de la loi de 1995 sur plusieurs niveaux : déjà elle manifeste clairement la casuistique des contrats de DSP et la différence entre un service et autre. Ainsi si par la loi de 1995 le législateur a essayé de grouper l'ingroupable sous le même plafond, à savoir les contrats de l'eau de l'assainissement avec les ordures ménagères alors que toutes les expériences précédentes ainsi que la circulaire de 1987 ont montré leur divergence, le projet de loi de 2001 est revenu sur ce choix en le dénonçant à travers une nouvelle proposition qui consiste à grouper eau et assainissement et de les distinguer des contrats d'ordures ménagères.

En partant de cette constatation, cette proposition de réforme en domaine d'eau, intervenue 6 ans après la loi Barnier, semble retourner contre l'ensemble des justificatifs qui a accompagné la promulgation de la loi du 2 février 1995 et qui demeure cependant appliquée à défaut d'adoption du projet de loi.

918. Par ailleurs, comme l'on vient de voir, pour certaines raisons inconnues, ce projet de loi n'a pas abouti. Ce résultat évoque, néanmoins, deux constats dangereux l'un plus que l'autre : d'une part, ce non aboutissement montre la difficulté de modifier ou de trouver les circonstances convenables pour modifier une loi déjà présente même si les raisons qui imposent cette modification sont si réelles et critiques. D'autre part, et en raison de ce non aboutissement, rien n'interdit jusqu'à présent que des contrats de DSP soient conclus pour une durée qui atteint les 20 ans au su et sous bénédiction de la loi alors même que la durée moyenne de ces contrats est désormais mois de 8 ans.

919. Ainsi, la présence d'une durée maximale fait perdre à la durée normale d'amortissement son poids étant donné que ce qui compte désormais aux yeux du juge c'est le respect de la durée maximale peu importe si la durée contractuelle choisie concorde-t-elle avec la durée normale d'amortissement ou non. Ainsi, la marge de corruption ou de déviation dans ce type de contrat n'a point été remédiée ou atténuée à travers la fixation numérique de la durée maximale.

920. En effet, La détermination numérique de la durée maximale par les lois pour certains types de DSP ne trouverait pas toujours sa validité et son efficacité surtout avec le temps et ne peut de même être convenable à tous les cas d'espèces car elle ne peut être appliquée à tout moment et à tout temps.

921. Dès lors, la principale critique adressée à la fixation du plafond serait, à notre avis, sa précarité avec le temps. Rien n'interdit, toujours à notre avis, d'accroître le contrôle sur les collectivités et de restreindre leurs droits au profit du service. Ainsi, il serait admis de sacrifier la liberté des collectivités dans l'intérêt de maximiser la performance du service. Cependant, comme on vient de le montrer, ce plafond n'est pas valable et ne doit être déterminé d'une façon générale par un texte législatif voué à durer.

922. Enfin, il est vrai que la fixation d'un plafond législatif, encouragée en théorie, n'a pas tardé à montrer en pratique son inefficacité et son inapplicabilité à long terme. Nonobstant, on aurait peut-être pu éviter toute cette polémique et ce chaos, si la loi avait été soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel.

Paragraphe 2 : La remise en cause de l'interprétation donnée à la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993

923. Sur le point de la fixation d'une durée maximale des conventions délégations de service public dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, la promulgation de la loi du 2 février 1995 a provoqué chez les juristes deux grandes incertitudes: la première était venue avec la loi, la seconde était ravivée par la loi.

924. Ces incertitudes se rapportent exclusivement à la constitutionnalité de cette disposition. En premier lieu, une incertitude de constitutionnalité est causée par le défaut de transmission de ladite loi au contrôle du Conseil Constitutionnel (A) malgré les voix de nombreux parlementaires qui ont sollicité cette saisine.

925. En second lieu, et s'agissant toujours de la constitutionnalité douteuse de ladite loi, l'incertitude n'est pas liée dans ce cadre à l'absence de la saisine du Conseil Constitutionnel, mais repose surtout sur les différentes lectures et interprétations données

à la décision de ce Conseil qui date du 20 janvier 1993 et qui ont été ravivées à la suite de la promulgation de la nouvelle loi (B).

A- Une constitutionnalité suspecte à défaut de saisine du Conseil Constitutionnel

926. Quoique le ministre de l'environnement, Michel BARNIER, ait vivement essayé de prouver la constitutionnalité de l'amendement n° 10 du gouvernement instaurant la durée maximale pour les délégations d'eau, d'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets ainsi que la consultation obligatoire du trésorier-payeur général en se basant, une fois, sur la notion des usagers captifs de ces services et, une autre fois, sur le caractère indicatif de l'avis du trésorier-payeur général⁹²¹ qui n'entrave en aucun cas la liberté d'administration des collectivités locales, la question de la constitutionnalité de la loi ne s'était pas éteinte à ce stade.

927. En effet, ce débat sur la constitutionnalité de la loi a été animé dans sa généralité au sein du Sénat et ses commissions.

928. En premier lieu, la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat exprima, dans son avis, son étonnement du fait que, ni le gouvernement ni la commission n'ait demandé, lors du débat à l'Assemblée nationale, le rejet de l'amendement introduisant l'article 42 *ter* qui est, selon la commission, « à l'évidence contraire à la Constitution »⁹²².

Dans un second lieu, certains parlementaires pensaient que le Conseil Constitutionnel adopterait la même attitude de celle qu'il avait adoptée à l'égard des dispositions inconstitutionnelles portant atteinte aux principes du droit administratif de la loi du 29 janvier 1993 si cette loi serait différée à son contrôle. Cette idée était commune chez les sénateurs refusant l'instauration du plafond. Dans ce sens, l'on reprend les termes de M. Etienne DAILLY lors de la deuxième lecture au sein du Sénat: « *si nous laissons passer*

⁹²¹ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JO S* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 425

⁹²² Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, relatif au renforcement de la protection de l'environnement, par Etienne DAILLY, op. cit., p. 17

cet article 42 ter, le conseil Constitutionnel adopterait à l'évidence la même aptitude, que ce soit sur la procédure ou sur le fond »⁹²³.

929. Ainsi, les parlementaires hostiles à l'introduction de ce plafond au sein de ces conventions de DSP ont exposé au fur et à mesure de la discussion sur cette loi, que ce soit dans les rapports ou même lors des débats les inconstitutionnalités qui y sont dissimulées, certaines d'entre eux ont même parié que la loi du 2 février 1995 aurait été rédigée finalement autrement si le Conseil Constitutionnel avait été saisi. Et si le gouvernement a modifié la version initiale de l'article 42 *ter* du projet de loi, c'est parce qu'il a avoué d'une façon ou d'une autre la véracité des inconstitutionnalités qui y sont présentes au niveau de la forme et du fond. Et la réduction du champ de l'article 42 *ter* aux domaines de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, alors qu'il visait au départ la totalité des conventions de DSP, en est la preuve. Cependant certains points conflictuels n'ont pas été réglés. Ainsi les protestants accusaient toujours la loi d'inconstitutionnalité.

A vrai dire, ce qui était franchement étonnant est le fait qu'après toutes ces discussions concernant la constitutionnalité de la disposition ainsi que toutes ces accusations d'inconstitutionnalité qui ont été versées à l'égard de la loi et les promesses de censure de la part du Conseil Constitutionnel, cette loi n'ait pas été au final transmise au contrôle du Conseil après son adoption.

930. En analysant les rapports présentés par les commissions parlementaires et en s'enfonçant dans les débats qui ont eu lieu sous le dôme du parlement, surtout sur la question concernant la constitutionnalité de la loi, on pourrait assurer que cette loi, une fois votée, serait transmise au Conseil Constitutionnel pour censurer les dispositions loin d'être conformes à la Constitution. Cependant ce qui devrait être fait ne l'a pas été pour une raison qui est demeurée inconnue mais qui ressemble évidemment à tous les cas où les députés contestants s'abstiennent de matérialiser leur refus en recourant au Conseil Constitutionnel. C'est l'une parmi des centaines d'histoires d'entente politique et de compromis qui finissent par laisser passer des lois jugées par leurs rédacteurs en étant

⁹²³ Senat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, op. cit., spec. p. 424

inconstitutionnelles. Toutefois, cette renonciation volontaire de la consultation du Conseil Constitutionnel par les parlementaires n'interdira pas la doctrine de le faire en se référant aux anciennes décisions du Conseil même si les résultats de cette consultation n'auront aucune force obligatoire à défaut d'être transmise par l'autorité compétente à le faire, à savoir les parlementaires.

931. En outre, s'il n'était pas attendu que la loi du 15 juin 1907 *règlementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques* concernant les casinos soit transmise à un contrôle de constitutionnalité à défaut d'existence du Conseil Constitutionnel à l'époque, il serait cependant étonnant que la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne* ne soit pas transmise au contrôle du Conseil, alors que cette loi est survenue trois ans après l'instauration du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

932. D'ailleurs, les termes larges du Conseil Constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1993, et l'imprécision dont il s'est servi pour trouver un compromis entre les droits des collectivités locales et derrière eux les principes du droit administratif, et les besoins du marché et d'après lui les nouveaux principes de concurrence et de transparence, vont lui créer une difficulté pour se comporter avec la situation qu'a imposée la loi du 2 février 1995. Ce qui a été accepté à contrecœur avant ne le sera pas à ce moment là. Ainsi cette imprécision du Conseil ne donnera pas une idée ferme sur la position qu'il prendra prochainement dans un cas similaire. Dans ce sens, est-ce qu'il censura une loi qui va plus loin de la loi du 29 janvier 1993 dans la restriction de la liberté des collectivités, ou cherchera-t-il un nouveau compromis entre les principes contradictoires ?

B- Une constitutionnalité suspecte à l'égard de la décision du Conseil Constitutionnel du 20 janvier 1993

933. Étant donné que cette loi n'a pas été soumise au Conseil Constitutionnel pour détecter sa conformité à la Constitution, on ne peut la traiter que comme étant une

loi constitutionnelle. Cependant, si les raisons qui ont poussé les parlementaires à renoncer à la saisine du Conseil Constitutionnel sont inconnues, il demeure important de recourir à une analyse personnelle de la conformité des dispositions de cette loi loin des controverses politiques, en se basant exclusivement sur les décisions antérieures du Conseil. Dans ce sens, la décision qui s'entrecoupe avec les données présentes est celle du 20 janvier 1993 rendue à la suite du contrôle de la loi du 29 janvier 1993. Sauf que, le seul problème qui surgit est que diverses interprétations ont été données à cette décision, et que donc transporter celle-ci dans le but d'étudier la conformité de la loi du 2 février 1995, risque d'ouvrir la porte largement sur les imprécisions par lesquelles elle a été qualifiée.

934. En effet, deux points de la loi suscitent la saisine du Conseil Constitutionnel pour atteinte au principe de la libre administration dont bénéficient les collectivités locales dans la gestion de leurs services publics. Il s'agit de la consultation du trésorier payeur général et la fixation de la durée maximale à 20 ans.

935. Concernant la question du contrôle du trésorier payeur général, « *Ces dispositions ne posent que des exigences formelles et procédurales. Elles préservent donc la liberté de décision de la collectivité, sous le contrôle du juge. Si l'examen préalable par le trésorier-payeur général a surtout une fonction dissuasive, il n'en exprime pas moins la tentation d'un retour à une forme de tutelle administrative à priori* »⁹²⁴. Et cependant, tant que cette loi n'a pas été déférée au Conseil Constitutionnel, il n'est évidemment pas possible de déterminer « *si le juge aurait mis l'accent sur le caractère non décisive de l'examen par le trésorier-payeur général pour conclure à sa constitutionnalité ou s'il y aurait décelé un premier pas vers le rétablissement sans justification appropriée d'une tutelle administrative portant atteinte au principe de libre administration* »⁹²⁵. Certes, il ne s'agit pas d'un avis conforme mais d'un simple examen, et il est vrai que cet avis est rendu par une autorité administrative compétente et indépendante des personnes qui concluent le contrat ce qui sera évidemment dans l'intérêt de la personne publique et ne ressemblera en aucun cas aux cas de tutelles qui

⁹²⁴ DOUENCE Jean-Claude, TERNEYRE Philippe, « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, n° 5, septembre-octobre 1995, p 971, spec. p. 976

⁹²⁵ Idem

existaient avant la loi du 2 mars 1982, mais pourtant on ne saura jamais si cet examen constitue la ligne limite au-dessus de laquelle la question dépassera le simple examen, surtout que cet examen est obligatoire et son absence entrainera l'annulation du contrat.

936. Cependant, concernant la durée maximale de 20 ans, il était clair d'après la décision du 20 janvier 1993 que le Conseil Constitutionnel avait refusé toute fixation imposée d'avance aux collectivités. Cette hypothèse est dégagée à plusieurs reprises tout au long de la décision. Selon cette hypothèse, l'adoption législative de la durée maximale va exactement à l'encontre de la décision du Conseil Constitutionnel selon laquelle « *en imposant alors, par surcroît, en toutes circonstances que ces prolongations ne puissent augmenter de plus d'un tiers la durée initialement prévue sans égard à la diversité et à la complexité des situations susceptibles d'être ainsi affectées, le législateur a imposé sans justification appropriée une contrainte excessive qui est de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales ; qu'ainsi doit être déclarée non conforme à la Constitution la dernière phrase du b) de l'article 40* ». Ainsi, par ces dispositions le parlement a outrepassé le droit des collectivités et le principe de la libre administration.

937. Dans la décision *Société maison Comba* le Conseil d'Etat s'est référé à la décision du Conseil Constitutionnel pour justifier que la durée normale d'amortissement voulu dans l'article 40 ne se réfère pas à la durée plafond. Donc l'article 75 devait être considéré comme non conforme à l'esprit de la décision du Conseil Constitutionnel et non conforme par la suite à la Constitution. En se référant à notion d'équilibre économique général, le rapporteur public Bertrand Dacosta considère que ni le législateur, ni le Conseil constitutionnel n'ont souhaité réduire le calcul de la durée contractuelle à une « *appréciation limitative de la durée d'amortissement comptable du patrimoine financé par le délégataire* »⁹²⁶. Suivre le raisonnement du rapporteur public montre que si le Conseil Constitutionnel a refusé de lier la durée contractuelle à l'amortissement comptable c'est qu'il a refusé de fixer à l'avance la durée contractuelle de chaque type de contrat suivant les installations établies, ce qui veut dire expressément que le Conseil Constitutionnel a refusé que soit fixé un plafond numérique déterminé à

⁹²⁶ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, JCP A, n° 46, 9 novembre 2009, 2261, p. 13, spec. p. 16

l'avance sans prendre en compte les spécificités de chaque délégation.

938. Il est désormais temps de donner plus de poids à la notion d'économie générale de la convention qui se justifie pleinement. Aux termes du Conseil Constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1993 « *il est loisible au législateur, pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence qu'il s'assigne, de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire, que s'il a précisé à cette fin que la durée de la concession ne devrait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, il a laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées ; qu'en particulier, en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat, il n'entendait par permettre à l'autorité réglementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement, que sous réserve de cette interprétation, cette disposition n'est pas contraire à la Constitution* ».

939. L'interprétation donnée par le rapporteur public, Bertrand Dacosta, à l'expression « *qu'en particulier* » contenue dans le considérant susvisé, considère que cette notion laisse à penser que le Conseil Constitutionnel a pris connaissance des critiques adressées à l'article 40 de la loi Sapin et qui l'accusaient de porter atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales. C'est pour cette raison que la durée normale d'amortissement comptable du patrimoine n'a pas vocation selon lui à devenir la durée plafond des contrats de délégation⁹²⁷.

940. Cependant cette interprétation de l'expression « *qu'en particulier* » pourrait avoir été prise dans un sens trop large et exagéré. Dans ce cadre, M VILA rappelle⁹²⁸ qu'en France, le système des normes comptables relatives à l'amortissement ne fait pas l'objet d'un encadrement par le législateur et/ou le pouvoir réglementaire

⁹²⁷ Idem

⁹²⁸ Idem

comme dans les pays anglo-saxons (États-Unis, Royaume-Uni, etc.). Les règles comptables relatives à l'amortissement résultent d'usages professionnels. Or si l'on reprend la phrase en entière du considérant qui énonce « *qu'en particulier (...) il (le législateur) n'entendait pas permettre à l'autorité réglementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement (...)* ». Ce principe admis, il semble désormais normal, sauf à considérer qu'il faille remettre en question ce système comptable, que le Conseil Constitutionnel ait ajouté cette précision interdisant un encadrement réglementaire « *de la durée normale d'amortissement* ».

941. Dans sa décision n° 92-316 du 20 janvier 1993, le Conseil Constitutionnel a bien précisé que les collectivités locales doivent garder une marge d'appréciation suffisante leur permettant de négocier les contrats de DSP. Ainsi, le Conseil n'avait autorisé le législateur à limiter la durée des délégations de service public par référence à la durée normale d'amortissement des installations à la charge du délégataire qu'à la condition que la liberté d'appréciation des collectivités territoriales soit respectée et que le pouvoir réglementaire ne soit pas habilité à définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement. Aux termes du conseil « *il n'entendait pas permettre à l'autorité réglementaire de définir par des règles de portée générale la durée normale d'amortissement ; que, sous réserve de cette interprétation, cette disposition n'est pas contraire à la Constitution* ». C'est exactement ce que rappelle le rapporteur⁹²⁹, Etienne DAILLY, dans son intervention au sein du Sénat lors de la deuxième lecture de la loi de 1995. Dans ce sens, On voit mal, en revanche, en quoi il y a une différence entre la fixation de la durée normale d'amortissement par des textes et la fixation par des textes de la durée maximale qui représente en quelque sorte la durée normale d'amortissement que la durée contractuelle est censée ne pas transgresser! Si la première est interdite, la seconde doit l'être d'office quelles que soient les atténuations que le gouvernement s'est forcé de présenter tout le long du débat parlementaire, et même si le dépassement de ce plafond demeure possible sous certaines conditions.

942. De même, le Conseil constitutionnel a rappelé dans cette décision que même dans le domaine des contrats administratifs, la liberté des contractants demeurerait

⁹²⁹ Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, op. cit., spec. p. 424

un principe intangible et que l'application de la loi du 29 janvier 1993 ne retirera pas des collectivités locales le principe de libre administration dont elles bénéficient dans la gestion de leurs services en vertu des lois de décentralisation. De ce fait, ont donc été supprimés de ladite loi, les passages limitant la durée des contrats de délégations de service public, les conditions d'amortissement des installations établies par le délégataire, les modalités de renouvellements des contrats arrivés à leur terme. *« En conséquence, les contrats de délégation de service public ne peuvent pas, pour des raisons constitutionnelles, avoir de durée préfixée »*⁹³⁰.

943. Dans la même ligne de pensée, le Conseil Constitutionnel a conservé aux collectivités une marge d'appréciation concernant les conditions de prolongation des DSP, pour faire face à la diversité des situations en cause. Dans ce sens, il considéra que *« le législateur a explicitement prévu que, pour des motifs d'intérêts général qui tiennent notamment à la continuité des services publics, des prolongations en cas de travaux non prévus au contrat initial pris en charge par le délégataire à la demande du délégant, qui seraient de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation des prix manifestement excessive ; que cependant en imposant alors, par surcroit, en toutes circonstances que ces prolongations ne puissent augmenter de plus d'un tiers la durée initialement prévue sans égard à la diversité et à la complexité des situations susceptibles d'être ainsi affectées, le législateur a imposé sans justification appropriée une contrainte excessive qui est de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales ; qu'ainsi doit être déclarée non conforme à la Constitution la dernière phrase du b) de l'article 40 »*.

944. Il était clair que le Conseil constitutionnel s'est servi de l'imprécision du texte de loi pour sauver la marge d'appréciation des collectivités locales dans la fixation de la durée de leurs conventions et pour justifier que la libre administration des collectivités locales n'était pas contrainte. Cette décision nous invite à mettre en relief le caractère imprécis de l'article 40 qui l'a rendu conforme à la constitution. Or la loi de

⁹³⁰ GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011, p. 476

1995 et les autres lois qui ont fixé la durée maximale sont des dispositions précises et donc le Conseil Constitutionnel, s'il avait été saisi, n'aurait eu aucun choix que les censurer. Et si à supposons que le gouvernement de 1995 aurait réussi à justifier que la fixation de la durée maximale à vingt ans ne constitue pas un plafond ferme insurmontable puisque la collectivité aurait toujours la possibilité de le faire après consultation du trésorier-payeur général et même sous avis défavorable de sa part, le cas pour les casinos est loin d'être pareil. En effet, dans ce cas l'arrêté du 14 mai 2007 était trop clair en interdisant toute possibilité de dépasser les 20 ans considérés récemment comme nouveau plafond. Dans ce cas, si le Conseil d'Etat avait été saisi, aucune imprécision n'aurait pu lui servir pour laisser passer l'application de cet arrêté. Certes une telle analyse supposerait en premier lieu que le Conseil Constitutionnel ait censuré la fixation législative du plafond dans la loi de 1995 et de ne pas se prévaloir de l'article 34 de la constitution, cependant une telle censure n'a pas eu lieu !

945. En effet, en renvoyant la détermination de la durée du contrat à la nature et au montant de l'investissement à réaliser par le cocontractant, le Conseil Constitutionnel a entendu reconnaître, à notre avis, la casuistique de ces conventions ce qui rend inconstitutionnelle toute fixation réglementaire d'une durée maximale en nombre d'années.

D'un autre côté, la fixation d'une durée maximale dans une loi a réduit le rôle du juge qui est devenu très restreint. La durée plafond fixée dans la loi constitue une restriction supplémentaire de son contrôle. Il serait obligé de juger comme non excessive une durée du seul fait qu'elle n'a pas excédé la durée plafond même si elle est en elle-même excessive sur le plan économique et financier.

946. Enfin, rien n'empêche la loi d'imposer la fixation de la durée, bien au contraire, la loi est invitée à le faire pour garantir le principe de mise en concurrence et de transparence. Elle peut aussi préciser la méthode de calcul de cette durée et donc d'encadrer la décision de la collectivité par laquelle cette dernière détermine la durée tant que ces dispositions restent des réglementations générales sans fixer en chiffre ce que doit être la durée maximale de ces délégations, car en franchissant cette ligne, la loi empiète

sur les compétences des collectivités et leur ouvre parfois la voie d'une possibilité de corruption tout en respectant la durée maximale fixée par la loi, car la question de la durée est une question casuistique et ce qui est valable pour une délégation ne serait pas valable pour une autre. Et de même, ce qui est valable à un moment donné ne serait pas valable toujours. Ainsi, toutes les lois qui sont venues fixer des durées maximales sont, de ce fait, non conformes à la constitution et ne respectent pas les dispositions de cette décision.

Conclusion du Chapitre II

947. Comme on vient de le montrer, la fixation législative de la durée maximale dans divers domaines tels les casinos, l'eau et l'assainissement représente un choix de contrôle plus encadré envers les collectivités, dont le temps a, néanmoins, révélé l'inefficacité. En réalité, la durée retenue ne tenait pas compte « *de la nature du contrat mais elle correspond à la pratique courante pour les contrats les plus longs qui sont les contrats de concession. Son inconvénient le plus important est de rendre encore plus complexe un régime qui n'en avait certes pas besoin et ce, sans nécessité évidente pour le domaine considéré* »⁹³¹.

948. Donc si l'on veut juger la durée choisie pour plafonner certaines délégations de service public, on trouve que le choix de ce plafond était arbitraire, ou, dans les meilleurs des cas, aléatoire, basé sur une durée que la pratique lui a enregistré un maximum d'emploi sans être pour autant sûr si cet usage constant représente une exacte manifestation des besoins des services en question ou s'il était, lui-aussi, choisi aléatoirement lors de la conclusion du premier contrat duquel les contrats suivants ont calqué la clause relative à la durée.

949. D'ailleurs, s'il n'y a aucun doute que la fixation du plafond législatif au Liban se basait sur des éléments qui n'ont aucun rapport avec les facteurs influençant normalement le choix de la durée d'une délégation, la fixation en France n'est pas rattachée à ces facteurs non plus. La seule différence entre les deux régimes est que le législateur libanais ne s'était pas inquiété de la recherche d'une justification convaincante, couvrant et détournant ses réels motifs, alors qu'en France, le parlement a pris le soin d'animer un riche débat sur les raisons pratiques justifiant le choix fixé. Mais pourtant la réalité a relevé que ces raisons n'étaient pas les vraies raisons derrière la fixation. Ce ne sont que les raisons apparentes. Par conséquent, au Liban comme en France, la fixation du plafond n'avait aucun rapport avec les besoins du service et

⁹³¹ DOUENCE Jean-Claude, TERNEYRE Philippe, « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, n° 5, septembre-octobre 1995, p 971, spec. p. 976

l'amortissement des installations fixées. Et à notre avis la fixation de la durée maximale par le biais des textes généraux s'est retournée contre les raisons initiales de sa présence, à savoir la lutte contre la corruption.

950. Ainsi, d'une certaine façon, la restriction au niveau de la durée maximale a, d'une part, contraint les collectivités en les privant de leurs droits sacrés, sans pour autant réussir, en contrepartie, à privilégier ses objectifs apparents et à lutter contre la corruption. Dans ce sens, la mise en place d'une nouvelle stratégie de travail pour combler cette lacune s'avère exigeante.

Conclusion du titre I

951. Dans le domaine de la durée des délégations de service public, les lois Sapin et Barnier ont présenté des réelles avancées à la vie contractuelle. À ces lois s'ajoute sûrement la loi du 8 février 1995, dite loi Mazeaud, qui a participé à la limitation des conditions de prolongation de la durée contractuelle. Cependant, ces avancées, quoique réelles, n'étaient que momentanées. Elles témoignaient, certainement, de la volonté du législateur d'encadrer les délégations sur tous les niveaux. Il est même opportun de bien restreindre les choix des parties si cette restriction s'inscrit dans l'intérêt du service car les parties tendent souvent à la corruption et « *la vertu même a besoin de limite* ». Toutefois l'expérience a démontré que cet encadrement était fragile et ne peut constituer une base de réforme.

952. En effet, l'échec des lois instaurant une durée maximale résulte de diverses raisons. D'abord, le profit de ce plafond est momentané et à court terme. Ensuite ce plafond est stagnant et ne peut être facilement modifiable quand les nouvelles données pratiques imposent une telle variation en raison de la complexité des procédures de modification d'un texte législatif. Enfin, la fixation d'une durée maximale, si elle a présenté à un certain moment des avantages dans des types bien déterminés de services publics, elle ne l'a pas fait dans d'autres domaines telles les remontées mécaniques où la fixation du plafond a montré une inefficacité au niveau de la gestion du service. Ces résultats affirment que cette règle ne pourra être admise dans la gestion de la totalité des délégations de service public pour prémunir la corruption dans ces types de contrats.

953. En outre, et concernant les raisons de la fixation du plafond législative, une distinction est à faire entre les deux régimes libanais et français. Il n'est pas de doute que la fixation de la durée maximale n'avait pas de rapport direct avec le service en question et ses besoins. Cependant entre l'essai de la justification (le cas français) et l'absence d'intérêt accordé à cette justification (le cas libanais) s'incarne le niveau de progrès des régimes juridiques. Alors que certaines raisons ont été présentées en France ce qui

manifeste la volonté du législateur français de blanchir sa face devant son peuple, aucune raison n'était donnée par le législateur libanais justifiant son choix comme s'il n'accordait aucune importance à la satisfaction des libanais de son travail. Ainsi, pour quelles raisons ce plafond est-il limité à 50 années dans le domaine des téléphériques ? À 40 années dans le domaine de l'électricité ? À 18 années dans le domaine de la restauration ? Aucune réponse n'a été donnée au cours du temps justifiant ce choix. De même pourquoi la vie juridique libanaise n'a-t-elle enregistré aucun ajustement de ce choix, aucune tentative de réduction de ce plafond aux cours des années et suite à l'évolution des modalités de l'amortissement ?

954. Si ce manque d'information et de justification du choix législatif, ainsi que le manque d'intérêt qu'accorde la doctrine à la recherche de cette réponse reflètent une chose, c'est le degré de méconnaissance et de désintérêt du système juridique libanais envers la question de la durée contractuelle en général et non seulement envers la durée maximale autorisée dans un domaine déterminé de délégation de service public.

955. Pour finir, il est évident que la fixation de la durée maximale n'a rien apporté, à moyen terme, à la lutte contre la corruption et a manqué, de ce fait, son but ce qui a contribué à affaiblir la loi Sapin et le grand intérêt accordé jusqu'alors à la durée contractuelle de ces délégations. En effet, en comparant entre les apports de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 et de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 avec toutes les autres dispositions générales qui lui ressemblent, l'on remarque que le premier avec toute sa généralité était mieux placé que les autres puisqu'il ne fixait pas de durées précises pour chaque type de convention de DSP, mais définissait un cadre juridique général dans lequel les parties usent de leur liberté contractuelle, y compris quant à la durée. Cette généralité, quoi que contestée au départ pourrait s'accommoder sans besoin d'une révision continue avec l'évolution du temps. Ceci ne veut pas dire que la vie juridique était satisfaite des apports de la loi Sapin, mais signifie au moins que les lacunes n'ont pas été comblées à travers la fixation du plafond, ce qui nous pousse à chercher d'autres solutions.

Titre II - La proposition d'un encadrement assoupli de la durée des DSP

956. Il a été clairement démontré que le principe de la durée plafond était assez archaïque⁹³². Il serait difficile de comprendre ce qui peut justifier le maintien d'une limitation des délégations à durée de vingt ans dans le domaine des casinos et pourquoi un commissariat peut être construit sur la base d'un bail emphytéotique administratif d'une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans

957. Néanmoins, si la fixation législative de la durée maximale avait, au moins à court terme, un impact marquant sur des types bien déterminés de services publics au niveau de la lutte contre la corruption et la bonne gestion du service public, elle ne pourrait, en revanche, garantir les mêmes conséquences pour d'autres types de DSP. Plus encore, cette fixation générerait des situations de stagnation auxquelles il faudrait faire face.

958. En réponse à ces inconvénients, le gouvernement a renoncé définitivement à son souhait de réunir sous un même plafond l'ensemble des conventions de délégations de service public. Bien au contraire, le législateur français a fait marche arrière en espérant combler les lacunes causées par la limitation du plafond. Dans ce sens, il a été décidé de rouvrir le plafond législatif dans certains types de DSP telles les remontées mécaniques. Cependant cette solution est demeurée incomplète (Chapitre I) parce qu'elle n'a pas été accompagnée de certaines mesures garantissant la conservation des avantages tirés auparavant de la présence d'une durée maximale et parce qu'elle n'a pas réussi à résoudre le vrai problème de la clause de la durée qui se matérialisait explicitement dans certains domaines tels les autoroutes où la durée maximale législative n'existait pas mais où la nature de la délégation ainsi que son objet nécessitaient une attention propre quant à la détermination de la durée pour pouvoir lutter contre la corruption, une attention, que

⁹³² COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Thèse, Paris II, 2005, LGDJ, Paris, 2007, p. 710

les législations en vigueur n'ont pas réussi à assurer.

959. En effet, l'ouverture du plafond, telle qu'elle est proposée, ne conduit qu'à un retour à la situation générée par la loi du 2 mars 1982, à savoir une situation de liberté critiquée des collectivités et d'absence de la transparence qui a conduit, en raison des abus, à la promulgation de loi du 29 janvier 1993. C'est comme si l'histoire se répétait de nouveau ! Il s'agit plutôt d'un cercle vicieux qui débute avec l'intention de mettre fin aux rentes de situation en recourant à la limitation du plafond, et se poursuit ensuite par la constatation de l'inefficacité du plafond à prémunir le service en raison de la restriction excessive de la liberté, et ne s'achève finalement jamais avec la réouverture du plafond.

960. Ainsi, il est temps d'admettre que ni la fixation ni l'ouverture du plafond législatif ne pourront régler le problème des DSP et qu'il faut donc chercher la solution ailleurs. De même, il est temps d'admettre l'échec ou la carence de la loi Sapin au niveau de la détermination de la durée contractuelle, et de combler par la suite ses lacunes. Dans cette mesure, il faut penser différemment en s'inspirant des nouvelles perspectives. La nouvelle solution ne réside point dans le chiffre de ce plafond ou même dans son ouverture mais s'incarne plutôt dans le degré de contrôle exercé sur l'ensemble des DSP depuis leur passation jusqu'à l'amortissement total des installations qui y sont implantées et la fin de leur exécution. Dès lors, la démarche à suivre consistera en une fixation moins rigide mais plus contrôlée (Chapitre II).

Chapitre I - L'ouverture du plafond, une solution incomplète

961. Si la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, a fait passer les délégations de service public d'un « régime de grande liberté législative et réglementaire à un réseau de contraintes »⁹³³, la loi du 2 février 1995 et les textes qui lui sont similaires ont rendu ces contraintes oppressives et inefficaces à long terme.

962. La pratique contractuelle qui était, à un moment donné, derrière la fixation de la durée maximale de certaines délégations de service public, était elle aussi, quelques années plus tard, le témoin de l'échec de cette théorie du plafond législatif. Ainsi, dans le domaine des remontées mécaniques, la fixation de la durée maximale est apparue, au cours du temps, comme excessivement contraignante pour le délégataire à un tel point que ce dernier ne trouve plus intérêt à s'investir dans ce secteur ce qui découragerait par la suite le recours à la technique de la délégation. Un tel résultat ne peut que nuire aux intérêts de la personne publique et du service public en même temps. Dans ce sens, l'oppression du plafond a conduit le législateur à tenter la reouverture de celui-ci en supprimant la durée maximale. Cependant, si la fixation du plafond s'est avérée oppressive avec le temps, sa suppression est vue comme générant une situation d'indétermination dans le régime juridique des délégations de service public (Section I) ce qui n'est sûrement pas la fin souhaitée de ce problème.

963. Par ailleurs, dans d'autres domaines de délégations de service public, où les législations propres n'ont évoqué la question de la durée maximale, ni en l'instaurant, ni en la supprimant, un autre problème relatif à la durée surgit. Il s'agit d'un problème relatif à la détermination de la durée convenable propre à chaque contrat et l'insuffisance de l'article 40 de la loi Sapin pour l'encadrer. Le domaine des concessions autoroutières représente la concrétisation de ce problème. Dans ce sens, il constitue, sans le moindre doute, l'ultime preuve de l'inefficacité d'une détermination préalable de la durée (Section II).

⁹³³ AUBY Jean-François, « Délégation de service public La question des droits d'entrée », *LPA*, n° 58, 13 mai 1996, p. 8

Section I: Les remontées mécaniques : entre l’oppression de la fixation et l’indétermination de l’ouverture du plafond

964. Le domaine des remontées mécaniques constitue l’un des rares champs où les législations sont passées par les deux phases : phase de l’instauration de la durée maximale et celle de sa suppression. D’où l’importance de son étude.

965. D’une façon générale, et après des années de pure concentration sur une politique d’aménagement des zones urbaines, le gouvernement a décidé de se tourner vers les espaces ruraux en tenant compte des évolutions récentes et contrastées de ces territoires⁹³⁴. En effet, la population des territoires montagneux ressentait un sentiment d’abandon de la part de la collectivité nationale et attendait depuis des années une telle attention de la part de l’Etat. Dans ce cadre, le gouvernement s’est rendu compte, dans son projet de loi n° 1058, de la nécessité d’actualiser la politique de la montagne définie par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 pour s’accommoder avec la décentralisation et la diversité des territoires de montagne. En effet, les spécificités géographiques et socio-économiques des massifs exigent qu’elles soient prises en compte dans toute politique d’aménagement et de développement du territoire.

966. L’examen des conventions de DSP en matière de remontées mécaniques montre clairement que l’encadrement législatif constitue en réalité une contrainte pénalisante⁹³⁵ (paragraphe 1) qui incombe au le délégataire. La solution proposée par le gouvernement serait évidemment le recours à la suppression de ce plafond. Toutefois, un réexamen ultérieur des situations en cours prouve que la solution n’était pas dans cette suppression ou, dans le meilleur des cas, n’était pas uniquement dans cette suppression. Dans cette mesure, l’essai du gouvernement était inachevé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : l’encadrement législatif, contrainte pénalisante dans le domaine des

⁹³⁴ Projet de loi n° 1058 *relatif au développement des territoires ruraux*, présenté au nom du premier ministre, Jean-Pierre RAFFARIN, par le ministre de l’agriculture, de l’alimentation, de la pêche et des affaires rurales, Hervé GAYMARD, *JO AN*, documents parlementaire, session ordinaire, 2003, p. 1

⁹³⁵ Rapport n° 1333, fait au nom de la commission des affaires économiques, de l’environnement et du territoire sur le projet de loi (n° 1058), *relatif au développement des territoires ruraux*, par M. Yves COUSSAIN, M. Jean-Claude LEMOINE, et M. Francis SAINT-LEGER, *JO AN*, documents parlementaires janvier 2004, 4^{ème} partie, p. 18

remontées mécaniques

967. Le rapport entre la réduction de la durée envisagée pour l'amortissement des installations implantées et l'évolution technologique, constatée en matière de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, ne trouve pas son application dans le domaine des remontées mécaniques où la pratique a estimé que la durée va en amont avec l'évolution technologique. Autrement dit, alors que la durée moyenne en matière de délégation de l'eau reconnaît une diminution de 20 ans vers 12 ans voire 8 ans entre 1995 et 2001, la durée contractuelle en matière des délégations de remontées mécaniques exige désormais une augmentation qui dépasse le plafond de 30 ans fixé en 1985, ce qui n'était pas possible en vertu de la loi Montagne, jugée plus contraignante que la loi Sapin. D'où la complexité de l'application conjointe de ces deux lois (A).

968. Cette constatation poussa le gouvernement, et suite à des études incitant la modification de l'article 42 de la loi du 9 janvier, à proposer la suppression du plafond (B) dans l'objectif de répondre aux nouveaux besoins du service des remontées mécaniques.

A- La complexité de l'application conjointe des lois Montagne et Sapin

969. La rigidité de la loi n° 85-30 notamment en matière de la durée des conventions de DSP et la possibilité de sa prolongation engendrait des complications (1) quant à l'application stricte du plafond législatif et l'interdiction de son dépassement. Cette constante contraignante pour les gestionnaires du service était la raison présidant aux appels à la modification de l'article 42 de la loi Montagne (2).

1- Les complications de l'application de la durée plafond

970. Rappelons tout d'abord que la loi du 9 janvier 1985 a été promulguée seulement, trois ans après la réaffirmation du principe de libre d'administration des collectivités locales par la loi du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, sans que cette loi, dite loi Montagne, n'ait connu une contestation marquante concernant la fixation d'une durée maximale de 30 ans

pour les conventions de DSP en matière des remontées mécaniques, contrairement à la loi du 2 février 1995 qui a suscité un grand débat, sur le respect de la liberté des collectivités, en introduisant un plafond législatif de 20 ans aux conventions de DSP dans le domaine de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères treize ans après la loi de 1982. Déjà, le fait de critiquer la restriction introduite par la loi Barnier sans accorder aucune attention à celle introduite antérieurement par la loi Montagne, était un fait hostile, surtout que la loi de 1985 est intervenue même avant la loi Sapin, donc avant même l'établissement du principe de la durée déterminée.

971. Par ailleurs, en comparant ces plafonds fixés par les deux lois on remarque qu'aux termes de l'article 42 de la loi de la Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne* « *La durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant. Elle ne peut excéder dix-huit ans que si elle est justifiée par la durée d'amortissement technique ou lorsque le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps. Elle ne peut, en aucun cas, être supérieure à trente ans* », alors que l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement* dispose que « *Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et d'autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation* ». Ainsi, entre l'article 42 et l'article 75 la différence est ample. Il est évident que le premier est beaucoup plus strict et contraignant que le second bien que le plafond soit plus large à savoir 30 ans.

972. Il est vrai qu'en matière d'eau, d'assainissement, ou d'ordures ménagères, la durée maximale est limitée à 20 ans, mais celle-ci pourrait être prévue pour une durée plus longue si les justifications présentées par la collectivité publique étaient réelles. La véracité de celles-ci est examinée par le trésorier-payeur général (aujourd'hui appelé le directeur départemental des finances publiques). Dans ce cas, la durée contractuelle

pourra excéder le plafond sans qu'un second plafond lui soit opposé. Or, dans le domaine des remontées mécaniques la durée initiale ne pourra excéder les huit ans, à moins qu'elle soit justifiée par la durée d'amortissement technique des installations, ou que le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps. Dans ces seuls cas, le dépassement du plafond serait autorisé mais à condition que la durée ne dépasse point le second plafond établi par la loi à savoir 30 ans. Ainsi, ce second plafond ne saurait être dépassé, quelles que soient les raisons pratiques qui l'exigent.

973. D'après ce qui précède, la restriction imposée par la loi Montagne est plus contraignante que celle imposée par la loi Barnier, et est capable de générer des situations de caducité insolubles. Il s'agit notamment du cas où une convention de DSP stipule une durée supérieure à 30 ans, mais justifiée par le calcul de la durée normale d'amortissement des équipements à implanter par le délégataire. Cette durée serait conforme à l'article 40 de la loi Sapin qui la limite à la durée normale d'amortissement, néanmoins, elle porterait atteinte à l'article 42 de la loi Montagne qui limite le plafond à 30 ans ! Quelle sera la solution dans ce cas ? Augmentera-t-on les tarifs pour permettre l'amortissement des installations dans un intervalle de temps plus court ? Mais, dans l'affirmative, une telle solution ne serait-elle pas jugée aller à l'encontre des intérêts des usagers du service ?

974. La logique juridique impose l'application de la loi Montagne, spéciale, et la mise à l'écart de la loi Sapin, générale, quoique les conséquences ardues de cette solution soient supportées par les usagers à moins que la loi autorise la collectivité à présenter des subventions au délégataire pour sauver la délégation !

2- Les appels à la modification de l'article 42 de la loi Montagne

975. Face à la polémique qu'a créé la question de l'application conjointe des lois Sapin et Montagne, il était nécessaire de confier à certaines commissions la mission d'examiner l'application de la loi du 9 janvier 1985 et les voies de sa modernisation.

976. Dans ce cadre, une mission commune d'information a été chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations. Dans son rapport

présenté au Sénat, la commission a considéré que l'application conjointe de l'article 42 de la loi Montagne et de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, suscitait certaines difficultés pour les contrats de délégation de service public de remontée mécanique⁹³⁶. Elle a estimé que l'application de la durée maximale de 18 et de 30 ans établie par la loi Montagne constitue une source d'insécurité juridique et ceci pour plusieurs raisons.

977. D'une part, bien que l'article 42 oblige les contrats à prévoir, « *à peine de nullité, les conditions de résiliation, de déchéance et de dévolution, le cas échéant, des biens en fin de contrat ainsi que les conditions d'indemnisation du cocontractant* », les conditions dans lesquelles ces contrats doivent être achevés sont incertaines.

978. D'autre part, la détermination de la durée maximale, à elle seule, constitue une source d'incertitude. Dans ce cadre, le rapport s'est interrogé sur la légalité des avenants concernant la prolongation des contrats en cours. Il considère que même si ces conventions ainsi que leurs avenants n'ont pas encore suscité de contentieux significatif, les interprétations du droit effectuées dans le cadre du contrôle de légalité des préfetures relatif aux avenants ont pu varier d'un département à l'autre⁹³⁷. Cette incertitude a été bien marquée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, bien que ce conseil ait précédemment considéré, dans son avis du 2 septembre 1986, « *qu'en cas de prorogation du contrat avec ou sans modification, la durée maximale de dix-huit ans, ou le cas échéant de trente ans, s'applique à nouveau à compter de cette prorogation* ».

979. De crainte de cette incertitude, certains opérateurs n'étaient plus encouragés à envisager un investissement dans les quinze ou dix dernières années de leur convention. Pour cette raison, une modification de cet article a été souhaitée pour pouvoir prolonger une délégation de service public afin de permettre l'amortissement d'investissements matériels nécessaires et non prévus au contrat initial. D'après le rapport, le problème ne résidait pas dans les dispositions de la loi Sapin qui étaient

⁹³⁶ Rapport d'information n° 15, au nom de la mission commune d'information, chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations, par M. Jean-Paul AMOUDRY, JO S, documents parlementaires, session ordinaire 2002-2003, partie 1, p. 308

⁹³⁷ Idem

largement suffisantes en prévoyant la possibilité de prolonger la convention de DSP lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

980. En effet, le contenu de ces conventions a soulevé un certain nombre de problèmes au niveau de la durée de la concession, notamment dans le cadre des avenants. Selon l'article 42 de la loi Montagne cette durée doit être modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par le délégataire. Cette loi institue deux durées maximales de 18 ans, ce qui paraît être le droit commun, et de 30 ans, ce qui devrait être exceptionnel. Seules, en effet, la durée de l'amortissement technique ou l'exécution d'équipements échelonnés dans le temps peuvent justifier un délai supérieur à 18 ans et ce délai ne peut être supérieur à 30 ans⁹³⁸. Dans ce sens, ces dispositions sont considérées comme contraignantes au niveau de la possibilité de prolongation des conventions en comparaison avec la loi Sapin qui, si elle interdit la conclusion d'un contrat pour une durée indéterminée, permet cependant la prolongation de cette délégation dans des conditions bien précises.

981. La restriction de la loi Montagne au niveau de la prolongation est contraignante non seulement à l'égard du texte de l'article 40 de la loi Sapin mais aussi à l'égard de l'esprit du Conseil Constitutionnel qui se manifeste dans sa décision du 20 janvier 1993, à l'occasion de l'examen de la loi Sapin où il considéra que le législateur, même s'il a précisé que la durée de la concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, a laissé, sous le contrôle du juge, une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la

⁹³⁸ Attribution de M. Edouard LACROIX, avocat à la cour, Annexe II, in Rapport d'information n° 15, au nom de la mission commune d'information, *chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations*, par M. Jean-Paul AMOUDRY, *JO S*, documents parlementaires, session ordinaire 2002-2003, partie 1, p. 359, spec. p. 384

diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées⁹³⁹. C'est dans ce sens, que le Conseil a déclaré non conforme à la Constitution le dernier alinéa de l'article 40 par lequel le législateur a interdit, en toutes circonstances, que les prolongations puissent dépasser de plus d'un tiers la durée initialement prévue sans égard à la diversité et à la complexité des situations susceptibles d'être ainsi affectées.

982. Le rapport s'est aussi basé sur une étude réalisée par M. Edouard LACROIX, avocat à la cour, sur ce thème. Cette étude⁹⁴⁰ a repris les chiffres cités par le service d'études pour l'aménagement touristique de la montagne, ainsi que sur les chiffres dégagés par le syndicat national des téléphériques de France (SNTF) et le Service technique des remontées mécaniques et transports guidés pour prouver l'accroissement des investissements, des dépenses en vue de l'amélioration des services rendus et de la réalisation du confort des skieurs. Il montre, de même, l'augmentation du coût de la maintenance et du renouvellement et de la modernisation exigée des installations qui sont à la charge du délégataire et qui nécessitent des années supplémentaires pour leur amortissement. D'où l'intérêt, pour les opérateurs, que les règles de passation des conventions et surtout de leur renouvellement soient revues, ainsi que les règles d'intervention des avenants et que soient garanties les conditions de fin de concession.

983. La mission a également recouru à un certain nombre d'auditions auprès des experts afin de s'informer sur les problèmes présents dans la montagne. Selon M. Jean-Charles FRAUDO⁹⁴¹ la révision devait atteindre l'article 40 de la loi Sapin et non seulement l'article 42 de la loi Montagne pour que celle-ci tienne compte de la spécificité des investissements en zones de montagne. Selon lui, le problème essentiel que confrontaient les exploitants de remontées mécaniques est que ceux-ci arrivent,

⁹³⁹ Conseil Constitutionnel, 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC, Rec. p. 14, spec. p. 22

⁹⁴⁰ Attribution de M. Edouard LACROIX, avocat à la cour, Annexe II, in Rapport d'information n° 15, au nom de la mission commune d'information, chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations, par M. Jean-Paul AMOUDRY, op. cit., spec. p. 387

⁹⁴¹ Audition de M. Jean-Charles Faraudo, président du syndicat national des téléphériques de France (SNTF) accompagné de M. Jean-Charles Simiand, délégué général (29 mai 2002), in Rapport d'information n° 15, au nom de la mission commune d'information, chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations, par M. Jean-Paul AMOUDRY, JO S, documents parlementaires, session ordinaire 2002-2003, partie 2, p. 221, spec. p.223

aujourd'hui, au terme de leur durée de concession et rencontrent des difficultés avec l'Administration départementale de l'Etat, notamment, sur la question de définir un juste compromis entre les prorogations qui leur sont nécessaires pour renouveler leur parc et l'interprétation extrêmement limitative que fait l'Etat de la loi Sapin. Ainsi, l'exploitant de remontées mécaniques à qui il resterait quelques années de durée de vie dans une station et qui voudrait s'engager dans un important programme de développement ou de renouvellement de son parc se verrait obligatoirement mis en concurrence par l'application de la loi Sapin. Dès lors, en n'ayant aucune idée sur le point de savoir s'il réussirait à prolonger son contrat et donc à amortir ses éventuels investissements sur une durée suffisamment longue, l'exploitant s'abstient simplement de la réalisation de tout investissement sur son réseau de remontées mécaniques. C'est pour cette raison supplémentaire que le rapport souhaite réviser la loi Sapin, afin que ces interprétations très restrictives des services de l'Etat autorisent les prorogations.

984. Par ailleurs, un autre rapport d'information a été présenté à l'Assemblée nationale dans le même objectif, l'examen de l'application de la loi Montagne. La commission évoque le besoin continu de dépenses supplémentaires pour faire face aux situations d'enneigement aléatoire et la nécessité du recours à la neige artificielle. De même, le maintien de la performance technique des équipements exige un effort continu d'investissement. C'est pourquoi la mission d'information souhaite lever l'incertitude juridique qui freine actuellement la mise en conformité du parc des remontées mécaniques⁹⁴² et qui se manifeste par les difficultés de prolongement des contrats.

Elle estime que l'article 40 la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, a créé une discordance avec la disposition du dixième alinéa de l'article 42 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 sur la montagne, quant à la durée des délégations de service pour l'exploitation des remontées mécaniques.

985. En effet, alors que l'article 40 de la loi Sapin, droit commun des DSP,

⁹⁴² Rapport d'information n° 1040, au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, *sur les améliorations pouvant être apportées au droit applicable dans les zones de montagne*, par M. François BROTTES, président, et M. Yves COUSSAIN, rapporteur, 16 juillet 2003, *JO AN documents parlementaires*, juillet 2003, p. 35

laisse à la collectivité publique la liberté de fixer la durée de la convention sous réserve du respect de la durée d'amortissement des installations, l'article 42 de la loi Montagne fixe la durée maximale à 18 ans, sauf le cas où la durée d'amortissement technique excède 18 ans, dès lors la durée maximale pourrait être reportée à 30 ans. Cette situation a pour effet de dissuader les investisseurs de s'engager dans la mise en place des équipements les plus lourds comme les remontées mécaniques. De ce fait, « *Cette discordance crée une insécurité juridique, notamment dans le cas où il serait nécessaire de proroger les conventions, puisque la rédaction du dixième alinéa de l'article 42 de la loi sur la montagne donne une dimension absolue à la durée maximale de 30 ans, qui peut donc s'entendre « prorogation comprise » : « Elle ne peut, en aucun cas, être supérieure à trente ans »* »⁹⁴³

986. Ainsi, pour rétablir une certaine cohérence juridique au profit de l'application du droit commun, la mission d'information propose la rédaction suivante du dixième alinéa de l'article 42 de la loi sur la montagne :

« Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant. »

B- La suppression du plafond proposée par la loi de 2005

987. En réponse à ces travaux, le gouvernement présenta un projet de loi n° 1058, *relatif au développement des territoires ruraux*, où il consacra un titre spécifique à la montagne.

Ainsi, sous le titre intitulé « *Dispositions relatives à la montagne* », l'article 62 du projet de loi n° 1058 dispose que « *La loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne est modifiée comme suit :*

(...)

VII.- Le dixième alinéa de l'article 42 est complété par les dispositions suivantes :

⁹⁴³ Idem

« Les limites de dix-huit et trente ans prévues au présent alinéa ne s'appliquent pas aux contrats portant sur l'aménagement de remontées mécaniques, qui sont régis par les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales. » »

988. Dans son explication accordée au projet de loi, le gouvernement considéra que le renouvellement des remontées mécaniques dans des conditions conformes à la sécurité des personnes et adaptées au progrès technique nécessitait la mise en place des investissements lourds dont l'amortissement devait être adapté. De ce fait il serait exigeant de modifier l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985 afin de faire entrer ces équipements de remontées mécaniques dans le droit commun.

989. Dans ce cadre, L'article 62 a pour objet d'apporter diverses adaptations à la loi n° 85- 30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne*, permettant à la fois de réaffirmer la nécessité d'une politique en faveur de la montagne cohérente au niveau de chaque massif, mais aussi d'apporter les adaptations institutionnelles nécessaires à cette cohérence.

990. La commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire ⁹⁴⁴ considéra que les deux derniers alinéas (paragraphe VII) de l'article 62, complétant l'article 42 de la loi Montagne, visent à adapter les règles applicables aux contrats d'opérations d'aménagement touristique lorsqu'il s'agit d'un contrat d'aménagement de remontées mécaniques.

991. D'après l'article 42 de la loi Montagne, la mise en œuvre des opérations d'aménagement touristique est réalisée par le biais de différents contrats, dont le contenu est encadré par cet article, notamment s'agissant de leur durée qui est déterminée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par le contractant, mais ne peut excéder 18 ans que si elle est justifiée par la durée d'amortissement technique ou lorsque le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps, sachant en revanche que cette durée ne peut, en aucun cas, dépasser 30 ans. Or, toujours

⁹⁴⁴ Rapport n° 1333, fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n° 1058), *relatif au développement des territoires ruraux*, par M. Yves COUSSAIN, M. Jean-Claude LEMOINE, et M. Francis SAINT-LEGER, *JO AN*, documents parlementaires janvier 2004, 4^{ème} partie, p. 18

selon le rapport, « ces contraintes se sont révélées très pénalisantes pour les investissements dans les remontées mécaniques, notamment ceux qui seraient destinés à rénover les équipements, nombreux, qui ont été construits dans les années 70 lors du lancement par l'État du « plan neige ». Compte tenu du fait que ces investissements sont souvent financièrement très importants, il est nécessaire que les investisseurs puissent signer des contrats pour une durée supérieure à 30 ans, leur permettant d'assurer la rentabilité de leur investissement. »⁹⁴⁵

992. La commission adopta les deux derniers alinéas de l'article 62 tels qu'ils ont été présentés dans le projet de loi sans qu'aucune intervention défavorable de la part des membres de la commission ne soit enregistrée.

993. D'ailleurs, l'article 62 du projet de loi stipulait à ce que la durée maximale de 18 et de 30 ans ne soit plus appliquée sur les contrats portant sur l'aménagement de remontées mécaniques et que ces derniers soient soumis à l'article L. 1411-2 du CGCT. Dans ce sens, la Commission a examiné un amendement de M. Jean LASSALLE visant à supprimer les limitations de durée des contrats portant sur des opérations d'aménagement touristique en montagne. Cependant, cet amendement a été retiré après indication du rapporteur qu'un amendement ayant le même objet avec une rédaction favorable avait été présenté par M. François BROTTES. C'est l'amendement n° 358 de M. François BROTTES *portant article additionnel après l'article 65*, modifiant l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985 pour permettre de moduler la durée des contrats conclus pour la mise en œuvre d'opérations d'aménagement touristique en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales. Ainsi, cet article a étendu la suppression de la limitation de durée à tous les contrats conclus pour la mise en œuvre d'opérations d'aménagement touristique. La durée est désormais calculée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT. Par conséquent, en suivant l'avis favorable du

⁹⁴⁵ Idem

rapporteur, la Commission adopta cet amendement⁹⁴⁶

994. Lors de la 1^{ère} lecture à l'Assemblée générale, le rapporteur, M. Francis Saint-Léger, jugea l'amendement n° 358 comme un amendement de « *cohérence* »⁹⁴⁷. Selon lui, cet amendement vise à assouplir les règles applicables à la durée de mise en œuvre des opérations d'aménagement. Alors que le projet de loi prévoyait au départ que cet assouplissement n'ait lieu qu'au profit des seuls contrats portant sur les opérations liées à des remontées mécaniques, cet amendement supprima cette limitation, afin que la durée des contrats soit modulée en fonction de leur seul objet et de leur durée d'amortissement.

995. Dans le même sens, M. Michel BOUVARD considéra que l'amendement se rapportant à la suppression de la durée constituait « *une avancée importante parce que la durée des contrats de concessions pose un problème de fond. En effet, à l'approche de la fin d'une concession, les investissements ne se font plus* »⁹⁴⁸.

996. Dans cette mesure, l'Assemblée nationale adopta le contenu de l'amendement n° 358 mais au lieu de l'adopter tel qu'il a été présenté par le rapport de la commission en tant qu'article additionnel après l'article 65, l'Assemblée le substitua à l'alinéa VII de l'article 62 du projet de loi. Ainsi, l'Assemblée a rectifié la place de cet amendement.

997. Le texte n° 252 adopté à l'Assemblée nationale à la 1^{ère} lecture le 30 janvier 2004, dans son article 62 VII disposa : « *Le dixième alinéa de l'article 42 est ainsi rédigé :*

« Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant. » »

998. Autrement, toute convention de délégation de service public en matière de

⁹⁴⁶ Ibid, p. 38

⁹⁴⁷ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 28 janvier 2004, *JO AN*, n° 12, jeudi 29 janvier 2004, débats parlementaires compte rendu intégral, janvier 2004, p. 1030, spec. p. 1033.

⁹⁴⁸ Idem

remontées mécaniques ne serait plus limitée à un plafond préalablement fixé par la loi mais serait soumis exclusivement à la durée normale d'amortissement prévue à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales.

999. Dans le Rapport n° 251, fait au sein du Sénat au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, *relatif au développement des territoires ruraux*, la commission affirma que le paragraphe VII de l'article 62 vise à prévoir une dérogation à l'application des limites de durée (18 et 30 ans) en faveur des contrats portant sur l'aménagement de remontées mécaniques. *« Compte tenu de l'importance des sommes engagées dans de telles opérations, cette contrainte de durée, dans la mesure où elle restreint la durée d'amortissement, pourrait constituer un frein au renouvellement des équipements de remontées mécaniques, qui s'impose aujourd'hui dans de nombreuses stations. Elle est donc supprimée pour les contrats d'aménagement qui concernent les équipements de remontées mécaniques »*⁹⁴⁹.

1000. La commission adopta cette disposition telle que votée par l'Assemblée sans modification. Cependant, lors des débats parlementaires, deux amendements ont été présentés par MM. VIAL, HERRISSON ET CARLE. Le premier portant le numéro 501 rectifié visait à Compléter le texte proposé par le VII de l'article 62 pour modifier l'article 42 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 par une phrase ainsi rédigée : *« Sans préjudice des dispositions de l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales, les conventions peuvent contenir des clauses particulières lorsque celles-ci sont justifiées par une amélioration de l'économie du contrat »*⁹⁵⁰.

Selon M. Pierre HERRISSON cette rédaction permettrait à l'exploitant de participer au paiement des services connexes qui ont, par nature, un lien direct avec l'exploitation. Cependant, le gouvernement était convaincu que l'article 47 de la loi Montagne prévoyait déjà cette possibilité d'où l'inutilité de la modification de l'article 42 de la même loi. Par

⁹⁴⁹ Rapport n° 251, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, *relatif au développement des territoires ruraux*, par M. Jean-Paul EMORINE et M. Ladislav PONIATOWSKI, *JO S*, session ordinaire de 2003-2004, documents parlementaires, p. 370

⁹⁵⁰ Sénat, séance du 18 mai 2004, *JOS* n° 44 mercredi 19 mai 2004, débats parlementaires, compte-rendu mai 2004, p. 3333

conséquent l'amendement a été retiré.

1001. Le second amendement portait le numéro 500 rectifié, et visait à insérer un article additionnel après l'article 62 ter, ainsi rédigé : Le sixième alinéa de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales est complété par les mots : « , *sauf lorsqu'elles portent sur la mise en œuvre des opérations d'aménagement et que lesdites clauses portent sur des activités connexes à ces opérations.* »

La commission et le gouvernement étaient défavorables à l'adoption de ces amendements et ont réussi à convaincre leurs auteurs de les retirer.

1002. En final de la première lecture, le Sénat adopta l'article 62 VII sans modification.

1003. L'Assemblée nationale, à son tour, lors de la deuxième lecture adopta cet alinéa sans modification.

1004. Cependant, Lors de la 2^{ème} lecture du Sénat un amendement n° 423 rectifié *bis* a été présenté par M. Jean-Paul EMORINE⁹⁵¹ et qui visait à supprimer l'alinéa VII de l'article 62 et à compléter cet article par un paragraphe ainsi rédigé : « *B. Le code du tourisme est ainsi modifié :*

I. – L'article L. 342-3 est ainsi rédigé :

« *Art. L. 342-3 – Conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la durée de ces contrats est modulée en fonction de la nature et de l'importance des investissements consentis par l'aménageur ou l'exploitant.* » »

L'auteur de cet amendement le justifie par des raisons de « *cohérence rédactionnelle* ». il rappelle que l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985 a été abrogé par l'ordonnance n°

⁹⁵¹ Sénat, séance du 27 janvier 2005, *JOS* vendredi 28 janvier 2005, débats parlementaires, compte-rendu janvier 2005, site du Sénat.

2004-1391 du 20 décembre 2004⁹⁵² qui l'a codifié dans le code du tourisme de l'article L.342-1 à L.342-5, la durée, elle, est inscrite à l'article L.342-3.

Cet amendement acquiert un avis favorable de la commission et a été adopté au Sénat.

1005. Finalement le rapport n°175 de la commission mixte paritaire⁹⁵³ chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de Loi relatif au développement des territoires ruraux avait adopté la rédaction finale votée par le Sénat. Cette disposition figurera en final dans l'article 179 de la loi n° 2005-157⁹⁵⁴.

Paragraphe 2 : L'ouverture du plafond, un essai inachevé

1006. En adaptant la loi de 1985 à l'actualité des conventions de délégation de service public en matière des remontées mécaniques, le législateur s'est contenté de supprimer le plafond qu'il jugeait trop contraignant à l'encontre des délégataires et, d'après eux, le service dont la qualité est condamnée à une réduction de niveau en raison de l'absence du maintien et du renouvellement les dernières années de la délégation.

1007. Cependant quoique cette suppression fût attendue et souhaitée, elle n'était pas suffisante. Il lui manquait d'être suivi par une série de mesures lui permettant de bénéficier des avancées de la loi de 2005 sans perdre les acquis de la loi de 1985, à savoir la transparence, la concurrence, et la périodicité.

1008. Dans ce sens, la loi n° 2005-157 n'a pas réussi à trouver des réponses aux interrogations qui inquiétaient les juristes concernant particulièrement les conditions intrigantes des avenants aux DSP en cours (A). À ces interrogations impérieuses le Conseil d'Etat a pris le soin d'apporter une réponse apaisante. Cependant le triomphe de la loi n° 2005-157 est demeuré un sujet contestable (B) étant donné que les complications

⁹⁵² Ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004, *relative à la partie législative du code du tourisme - art. 5 (V)* JORF 24 décembre 2004

⁹⁵³ Rapport n°175, fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de Loi *relatif au développement des territoires ruraux*, par MM. Jean-Paul EMORINE, sénateur, Ladislas PONIATOWSKI, sénateur, Francis SAINT-LEGER, député, Yves COUSSAIN, député et Jean-Claude LEMOINE, député déposé le 3 février 2005, JOS, documents parlementaires, session ordinaire 2004-2005.

⁹⁵⁴ Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 *relative au développement des territoires ruraux*, JORF n° 46 du 24 février 2005, p. 3073

qu'il a estimé avoir résolues n'ont pas tardé à surgir de nouveau sur scène.

A- Les conditions intrigantes des avenants

1009. Il n'est pas de doute que l'avenant permet « *de donner au contrat une certaine respiration au cours de sa vie* »⁹⁵⁵, et que la mutabilité constitue un élément essentiel du contrat administratif comme l'adaptabilité constitue un élément essentiel du service public, et cependant, la loi Sapin, responsable de régir les conventions de DSP, était demeurée muette sur la question des avenants à ce type de contrat.

1010. Ainsi, le sujet des avenants aux conventions de DSP était resté, depuis la loi Sapin, une problématique intrigante à laquelle aucune réponse ferme n'a été accordée. Quelles sont les règles régissant une telle démarche ? Quelles en sont les limites ?

Le régime des avenants aux délégations de service public était enfermé dans celui des marchés publics (1), avant que le Conseil d'Etat ne rende une réponse apaisante en remettant à ces conventions leurs spécificités (2).

1- Les avenants aux DSP : une vision enfermée dans le régime des marchés publics

1011. Le sujet des avenants n'a jamais constitué un souci pour les contractants étant donné que ces derniers étaient libres dans la conduite de leur contrat, notamment la personne publique qui ne voyait son pouvoir de modification unilatéral limité que par la conservation de l'équilibre financier du contrat. En revanche, à partir du moment où la loi Sapin est venue restreindre le champ de liberté dans la gestion des contrats de délégation de service public, la question des avenants a atteint le stade d'une problématique complexe à laquelle personne n'avait la réponse exacte, ni les juristes, ni les juges et ni même les parlementaires ni le gouvernement.

⁹⁵⁵ Guivarc'h G., « Les avenants aux conventions de gestion déléguée : quelles marges de négociation ? », *Rev. conc. DSP* 5/1999, p. 35 in HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2006, Etude 19, p.6 (note 45)

1012. Ainsi, par une question adressée au ministre de l'intérieur⁹⁵⁶, M. Didier MIGAUT attire l'attention sur les décisions prises dans le cadre du contrôle de légalité des délégations de service public dans le domaine de l'exploitation de remontées mécaniques où les investissements sont très importants et les équipements doivent très souvent être modernisés en cours de contrat. Le parlementaire évoque la position du Conseil d'Etat qui considère que la seule limite instaurée par l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales est l'impossibilité de réaliser des ouvrages distincts de ceux initialement prévus dès l'instant où l'équilibre financier du contrat n'était pas gravement menacé. En l'espèce, il s'agissait des préfetures qui estimaient, dans le cadre du contrôle de la légalité, que la prolongation de la durée du contrat de délégation de service public, sans modification fondamentale de ses clauses tarifaires, doit s'entendre comme une remise en concurrence avant l'arrivée du terme de la délégation et doit donner lieu à une rupture de contrat et à une indemnisation. Le ministre ne démarqua pas dans sa réponse de l'ancienne théorie qui veut que soient appliquées aux avenants des conventions de DSP les règles législatives et jurisprudentielles applicables aux avenants aux marchés publics, à savoir notamment l'obligation de ne pas bouleverser l'économie du contrat. Dans ce sens, toute modification substantielle apportée à un contrat s'apparente à une nouvelle convention imposant la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales.

1013. D'une façon générale, la loi Spin n'a pas autorisé la prolongation et la modification du contrat au sens d'un bouleversement de son économie par un avenant. En revanche, et par dérogation à ces principes, l'article L. 1411-2 du CGCT autorise exclusivement la passation d'un avenant de prolongation : « *b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* ». Ainsi, sous réserve de ces conditions, une prolongation pourrait être accordée au contrat sans qu'aucune modification excessive

⁹⁵⁶ RM, Question parlementaire, n° 60013, *JOAN Q*, débats parlementaires, 13 août 2001, p. 4712

des clauses tarifaires n'ait lieu et sans mise en concurrence. Cependant, cet avenant ne doit être interprété dans le sens d'un détournement de procédure visant à maintenir en place un délégataire⁹⁵⁷. En outre, l'avenant ne saurait avoir pour effet de modifier l'objet du contrat, conformément à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, qui dispose que « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* ».

1014. Par ailleurs, l'intrigue des avenants est réapparue lors des débats parlementaires relatifs à la loi n° 157-2005. Dans sa défense de la suppression du plafond dans les DSP relatives aux remontées mécaniques, M. Michel BOUVARD invita le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales à entendre les préoccupations des élus de montagne, notamment celles des gestionnaires de station de sports d'hiver. Selon lui, il serait pertinent « *de rappeler à l'Administration préfectorale la nécessité d'une certaine souplesse dans la problématique des avenants aux contrats passés pour les concessions* »⁹⁵⁸. Ainsi, un nouveau volet de débat a été ouvert concernant non seulement la question de la durée maximale de ce type de délégation de service public, mais atteignant la question des avenants aux contrats. Il s'agit principalement des avenants concernant la prolongation des délégations, ce qui va à l'encontre des dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales qui limitent strictement cette option à des hypothèses bien précises qui sont : le cas où les « *motifs d'intérêt général* » imposent une telle prolongation à condition qu'elle ne dépasse pas un an, ou le cas où « *le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* ». Il n'est pas de doute que cet assouplissement était nécessaire pour répondre à des réelles situations de stagnation des contrats en raison de l'impossibilité de les prolonger sous l'empire de la loi Montagne. Cependant, assouplir

⁹⁵⁷ RM, Question parlementaire, n° 60013, *JOAN Q*, débats parlementaires, 13 août 2001, p. 4712

⁹⁵⁸ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 28 janvier 2004, *JO AN*, n° 12, jeudi 29 janvier 2004, débats parlementaires compte rendu intégral, janvier 2004, p. 1030, spec. p. 1033.

les procédures risquent de faire tomber les collectivités dans le piège de la confiscation de leur liberté par les grands délégataires qui dominent le marché. D'ailleurs, et mise à part la nécessité de l'assouplissement, comment déterminer ce degré de souplesse auquel doit s'engager l'Administration dans la conclusion des avenants ? Et quels sont les critères sur lesquels ces collectivités doivent se baser pour autoriser tel ou tel avenant.

1015. En effet, il était clair que la suppression du plafond avait pour objectif de retourner au droit commun en matière de DSP, c'est-à-dire de voir appliquer aux DSP de remontées mécaniques, les règles prescrites par la loi Sapin. Or en retournant aux dispositions de cette loi, et en dehors des hypothèses de prolongation bien encadrées, aucune mention sur la question générale des avenants n'était présente. Il était évident, que le législateur ne s'était nullement prononcé sur la possibilité de modifier le contenu des obligations contractuelles par voie d'avenant. Dès lors, une telle limitation des possibilités de modification des conventions pouvait paraître décevante dans la mesure où surgit parfois la nécessité de recourir à des avenants concernant des champs variés tels le changement du périmètre de la délégation, la modification dans le calcul du prix du service, sans que soit nécessaire la prolongation de la délégation. Ainsi, évoquer de nouveau la question des avenants à travers la loi de 2005 nécessite de trouver des réponses immédiates aux questions qui sont restées en suspens depuis la loi Sapin : les dispositions législatives encadrant la prolongation doivent-elles être cumulées avec les règles générales applicables aux avenants, à savoir l'interdiction d'en bouleverser l'économie et d'en modifier l'objet ? Les avenants ne prolongeant pas la durée sont-ils autorisés et, dans l'affirmative, à quel régime juridique sont-ils soumis⁹⁵⁹ ?

1016. Face à ce vide juridique, la jurisprudence a eu tendance à transposer purement et simplement les solutions retenues en droit des marchés publics aux délégations de service public⁹⁶⁰. Dans cette mesure, « *sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du*

⁹⁵⁹ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2006, Etude 19, p.6, spec. p. 8

⁹⁶⁰ Ibid, spec. p. 7

marché, ni en changer l'objet »⁹⁶¹. Néanmoins, cette solution a été rapidement dénoncée, compte tenu de la particularité et la spécificité des conventions de délégation de service public. En effet, l'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 a participé à ce que cette politique d'accommodement et de ressemblance entre ces deux types de contrats trouve une fin.

2- La réponse apaisante du Conseil d'Etat

1017. Saisi par le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, le Conseil d'Etat était opposé à plusieurs questions qui ont inquiété l'opinion publique et juridique et qui ne concernaient pas uniquement les délégations des remontées mécaniques mais les dépassaient pour concerner l'ensemble des conventions de délégation de service public.

1018. Il s'agissait d'abord de connaître les conditions applicables à la prolongation des conventions de remontées mécaniques. Le Conseil affirma que même si ces conventions sont soumises à des règles spéciales, cela n'affecte pas leur appartenance à la famille des DSP et par la suite leur soumission aux hypothèses de prolongation inscrites à l'article 40 de la loi Sapin. D'ailleurs le Conseil explique une fois pour toutes que l'équilibre général d'une délégation sera modifié en raison des nouveaux investissements imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraînerait, au terme de la délégation, « *une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* »⁹⁶²

1019. Concernant la question des avenants en général, l'avis s'inscrit, d'abord, concernant la modification de l'objet du contrat, dans la ligne directrice de la jurisprudence antérieure au contentieux en droit des DSP en affirmant qu'un avenant ne saurait modifier l'objet de la délégation, ce qui prohibe le recours à l'avenant pour mettre à la charge du délégataire « *la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits en raison de sa dimension, de son*

⁹⁶¹ Décret n° 92-1310, du 15 décembre 1992, *portant simplification du code des marchés publics*, JO n° 294 du 18 décembre 1992, p. 17326

⁹⁶² CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, *EDCE* 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 199

coût et de son autonomie fonctionnelle »⁹⁶³.

1020. Ensuite, l'avis précise qu'un avenant ne saurait modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire. Ainsi, à la règle d'interdiction, par un avenant, du bouleversement de l'économie du contrat, l'avis du Conseil d'Etat substitue la règle de l'interdiction de procéder par avenant à une « *modification substantielle des éléments essentiels du contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations, et s'agissant des concessions, le prix demandé aux usagers* ».

1021. Cependant, cette déclaration appelle à explication. Car comment expliquer le fait d'interdire la modification substantielle de la durée de la délégation mais de permettre, en même temps, la possibilité de la prolongation de la délégation en vertu de l'article 40 de la loi Sapin qui ne fixe point un plafond à la durée prolongée ? Ainsi cette prolongation pourrait constituer une modification substantielle de la clause de la durée. Cependant, une explication simplifiée de ces propos conduit à déduire que la modification de la durée, en elle-même, ne pourrait constituer un sujet d'avenant, mais elle pourrait quand même constituer une conséquence ou une nécessité relative à la modification des autres obligations contractuelles ne bouleversant notamment pas l'économie du contrat.

1022. Par ailleurs, il a, ultérieurement, été jugé qu'un avenant ne peut modifier de manière substantielle le risque d'exploitation pesant sur le délégataire, lequel est un élément essentiel de la convention de délégation de service public⁹⁶⁴, notamment en procédant à une réduction importante des charges pesant sur le délégataire⁹⁶⁵, ou en modifiant les conditions financières auxquelles un délégataire de service public de restauration collective est autorisé à utiliser la cuisine centrale de la collectivité délégante pour fournir des repas à des tiers⁹⁶⁶.

⁹⁶³ Ibid, spec. p. 200

⁹⁶⁴ TASSONE Adriano, Note sous CAA Paris, 17 avril 2007, n° 06PA02278, *Société Kéolis*, « Avenants aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2007, p. 1524

⁹⁶⁵ CAA Marseille, 7 avril 2008, n° 05MA01756

⁹⁶⁶ LLORENS François, Note sous CAA Marseille, 17 mai 2010, n° 08MA00148, *Ville Cannes* ; « Illégalité d'un avenant modifiant un élément substantiel du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 8,

1023. Cependant, concernant ce point, il n'est pas certain que le droit de l'Union soit en parfaite harmonie. En fait, l'article 42 de la proposition de directive Concessions devenu article 43 de la directive sur l'attribution des contrats de concession⁹⁶⁷ prévoit qu'une modification substantielle des dispositions d'une concession en cours est considérée comme une nouvelle attribution de concession. Et, dans ce sens, une modification est considérée comme substantielle notamment lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale d'attribution de la concession, auraient permis la sélection d'autres candidats que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle retenue ; ou lorsqu'elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire ; ou, enfin, « *lorsqu'elle modifie considérablement le champ d'application de la concession de sorte qu'elle englobe des fournitures, des services ou des travaux non couverts au départ* »⁹⁶⁸. Dès lors, Le droit de l'Union européenne a semblé vouloir soumettre la modification des contrats de la commande publique et, tout particulièrement, des conventions de délégation de service public à des conditions strictes afin de garantir le respect des conditions initiales de la mise en concurrence. Dans ce cadre, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'est illicite la modification substantielle de ces conventions et a précisé que « *la modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* »⁹⁶⁹.

1024. Enfin, toujours en matière des avenants, l'avis dispose qu'un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire et se déduisent de ses missions initiales. Il revient au délégataire lui même d'assurer l'entretien des installations et de remettre, au terme du contrat, des équipements

août 2010, comm. 295

⁹⁶⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, JOUE du 28 mars 2014, L94/1

⁹⁶⁸ NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441, spec. p. 1445

⁹⁶⁹ CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Rec. CJCE, 2008 I, p. 440.

en bon état de fonctionnement⁹⁷⁰. De même, s'assimile à cette situation, l'ensemble des conditions exigées par la seconde hypothèse de l'article 40 de la loi Sapin, autorisant la prolongation relative à la réalisation d'investissements nouveaux. Bien entendu, il ne saurait être question de prolonger une délégation existante si les investissements à réaliser ne sont pas nouveaux et, au contraire, prévus au contrat initial⁹⁷¹.

1025. D'ailleurs, et dans une preuve de souplesse, le Conseil d'Etat, considéra qu'au cas où la modification de la durée de la délégation n'est pas envisagée et que les charges induites par de nouveaux investissements sont susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en modifier l'objet ni affecter substantiellement un de ses éléments essentiels, ces derniers peuvent être compensés par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation. « *Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle* »⁹⁷².

1026. L'avis du 19 avril 2005 semble aller dans le sens d'un assouplissement du régime juridique des avenants aux délégations de service public. En effet, la section des travaux tente manifestement de « *concilier au mieux deux exigences contradictoires : celle de l'adaptation du contrat au cours de son exécution et celle du respect des conditions de sa mise en concurrence initiale. Elle ne résout cependant pas toutes les questions rencontrées en pratique* »⁹⁷³.

B- La portée limitée de la loi 2005

1027. Le Conseil d'Etat était conscient de la réalité selon laquelle le service

⁹⁷⁰ CAA Bordeaux, 10 mai 2012, *Commune de Seignosse*, req. n° 11BX01573

⁹⁷¹ CAA Nantes, 18 mai 2007, *Société CURDEM*, req. n° 05NT01520

⁹⁷² CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 200

⁹⁷³ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2006, Etude 19, p. 6, spec. p. 12

public reste, en tout état de cause, soumis à la « *loi de changement* »⁹⁷⁴. Il lui était nécessaire de trouver une solution adéquate qui mettra fin à la contradiction existante entre les exigences du service public d'une part et celles résultant de la mise en concurrence de ses modes de gestion d'autre part, le premier rendant indispensable l'adaptation du contrat, la seconde aspirant au contraire une certaine stabilité contractuelle.

1028. Toutefois, malgré l'attention accordée par le conseil d'Etat pour combler les lacunes de la loi de 2005, certaines questions étaient restées en suspens (1). De même diverses raisons ont abouti à la remise en cause la validité de cette loi (2).

1- Des questions restées en suspens

1029. Si la réponse du Conseil d'Etat était satisfaisante à certains points, elle n'avait, en revanche, pas résolu toutes les difficultés mais, au contraire, en avait soulevé de nouvelles interrogations quant au champ d'application des principes ainsi dégagés.

1030. D'abord, l'avis du 19 avril 2005 précisa que « *l'équilibre général est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant, si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* ». Cependant, cette définition méritait pour le moins d'être elle-même précise, notamment en raison du flou entourant la notion de remise en cause « *significative* » du bénéfice global⁹⁷⁵. Mais cette précision n'a pas eu lieu ! Il est vrai que la modification ne doit pas s'analyser comme un bouleversement matérialisant un nouveau contrat. Reste à dire que la frontière est souvent incertaine entre modification et bouleversement⁹⁷⁶.

1031. Ensuite, l'avis n'a pas été déterminant sur le régime juridique des avenants

⁹⁷⁴ ROLLAND Louis, *Répétitions écrites de droit administratif : Les cours de droit*, 1941, p. 58, in HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », art. prec., p. 6

⁹⁷⁵ BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, Paris, Imprimerie Nationale, Coll. Action locale, 2^{ème} édition, 2007, p. 150

⁹⁷⁶ Avenant illégal : CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Communauté d'agglomération de Fréjus Saint-Raphaël*, req. n° 03MA00679 ; prolongation légale : CAA Lyon, 8 févr. 2005, *Commune d'Auxerre*, req. n° 99LY00655

de prolongation : sont-ils soumis, outre les dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités à l'interdiction de modifier substantiellement l'un des éléments essentiels du contrat ?⁹⁷⁷ Ce cumul semble, en effet, avoir lieu en ce qui concerne les modifications affectant l'objet de la délégation en précisant, dans ce sens, que l'interdiction de changer l'objet du contrat s'applique également aux avenants prolongeant la durée de la convention de service public, mais le Conseil d'Etat semble être moins précis et ferme quant à l'interdiction de la modification substantielle des autres éléments essentiels de la convention.

1032. De même, l'avis considéra qu'un avenant qualifié de nouveau contrat exige la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. Cependant, d'une part, il n'a pas précisé s'il faut remettre en concurrence l'ensemble de la délégation ou la seule partie concernant les investissements nouveaux. Et d'autre part, il n'a pas indiqué s'il faut appliquer à ce nouveau contrat la procédure appliquée lors de l'attribution de la délégation initiale ou s'il s'agit dans ce cas d'un autre type de contrat administratif soumis à une procédure allégée de passation. Et finalement, le Conseil d'Etat n'a pas précisé si, dans de telles circonstances, l'Administration aurait ou non intérêt à résilier unilatéralement le contrat initial puis à lancer une nouvelle procédure.

1033. Quoiqu'à la première interrogation, il soit logique de ne soumettre à la concurrence que la partie nouvelle de la délégation faisant l'objet de l'avenant, cette solution ne semble pas admissible, à moins que l'avenant porte sur des prestations dissociables de la convention initiale. Dans le cas contraire, la mise en concurrence serait difficilement envisageable, puisqu'il serait, en effet, improbable qu'un tiers candidat puisse proposer une offre meilleure que celle proposée par le titulaire en place de la délégation qui détenait seul des informations techniques et économiques exhaustives sur les conditions de gestion de la délégation. Un certain déséquilibre plaide en faveur de l'entreprise en charge de la délégation initiale. Néanmoins, et à considérer qu'une tierce personne a réussi à obtenir la convention complémentaire, cette solution aboutirait à une sorte de « cogestion » du service public par deux entreprises détenant chacune une

⁹⁷⁷ HOEPPFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », art. prec., spec. p. 10

convention d'une durée différente de l'autre en fonction de la durée normale d'amortissement des investissements qui lui sont demandés. Cette situation n'ira jamais dans le sens de l'intérêt du service, *« la pratique ayant démontré que la continuité du service public est généralement mise à mal par l'organisation d'une mise en concurrence concomitante à la poursuite de l'exploitation du service »*⁹⁷⁸.

1034. Cette indécision pourrait conduire l'Administration à opter pour la résiliation unilatérale de la convention initiale et la mise en concurrence d'une nouvelle délégation de service public. Mais, de même, cette solution ne se présente pas davantage comme étant la solution adéquate pour assurer une égale concurrence, puisque celle-ci entraînera de fait l'éviction du délégataire en place ce qui lui donne droit à une indemnisation à la fois pour les pertes subies et pour le manque à gagner. D'ailleurs, d'après l'avis du 19 avril 2005, les droits d'entrée *« ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés »*⁹⁷⁹. Ainsi, tant qu'il serait admis d'intégrer le montant de l'indemnité versée au titulaire aux offres présentées par les autres candidats, cette solution conduirait à ce que l'offre qui serait présentée par le délégataire sortant, s'il décide d'être candidat à sa propre succession, soit nécessairement plus intéressante que celles de ses concurrents puisqu'il serait le seul à ne pas avoir à prévoir dans ses charges prévisionnelles le remboursement des pertes subies.

1035. D'après ce qui précède, et pour faire face à une telle situation, l'Administration serait devant un choix de renoncer à la conclusion de l'avenant, mais cette renonciation serait regrettable au regard des principes d'adaptation et de mutabilité du service public.

1036. Dès lors, et sans méconnaître les principes de la concurrence et de la transparence, la meilleure solution serait cependant le recours à une appréciation plus

⁹⁷⁸ Ibid, spec. p. 11

⁹⁷⁹ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, spec. p. 200

nuancée de la légalité des avenants prenant essentiellement en considération la nécessité réelle des investissements pour le service public, ce qu'invitait à faire le Code général des collectivités territoriales pour la prolongation⁹⁸⁰.

1037. Pour finir en un mot sur les avenants aux délégations de services public en droit libanais, on constate que les règles dégagées de l'avis du 19 avril 2005, malgré toutes les lacunes qui y sont présentes, dépassent celles appliquées aux conventions de DSP au Liban. En effet, l'absence de législations spécifiques aux matières de DSP au Liban, fait que les règles applicables à ces conventions, concernant les avenants, sont celles applicables généralement en matière des contrats administratifs et particulièrement en matière concessions, où l'Administration conserve un large pouvoir de modification du contrat au cours de son exécution et d'une façon unilatérale sans que son cocontractant puisse protester à moins qu'elle modifie l'objet du contrat ou qu'elle ne respecte pas l'équilibre financier de celui-ci⁹⁸¹. Ainsi, l'adaptabilité et la mutabilité des services publics l'emportent sur tout autre principe⁹⁸². Cependant comme on l'a déjà vu en traitant les prolongations, la Cour des Comptes a rendu un avis concernant l'autorisation de la prolongation d'un contrat de DSP en se basant sur l'article 40 de la loi Sapin⁹⁸³. Cependant cette antécédente reste orpheline et n'a pas été suivie par des jurisprudences similaires. Ainsi, la durée continue à être prolongée dès que le bénéfice global du contrat est atteint. En réalité, la pratique a montré que ces modifications sont souvent conclues au profit du délégataire. D'une façon générale, les avenants continuent à être régis par les dispositions du contrat lui-même (qui autorisent normalement tout type de modification) et en fonction des principes généraux des contrats administratifs et des hypothèses de la force majeure et la théorie de l'imprévision qui sont largement employées en domaines des contrats administratifs

2- La remise en cause de la validité de la loi de 2005

⁹⁸⁰ HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », art. prec., spec. p. 11

⁹⁸¹ MOUROUÉ Hiam, *Le droit administratif spécial, les grands services publics et leurs modes de gestion, l'expropriation, les travaux publics, le droit de l'urbanisme*, MAJD, 2003, p. 105

⁹⁸² CE Lib, 6 octobre 1996, Société Kadicha/ L'Etat libanais-ministère de l'énergie.

⁹⁸³ Cour des comptes Lib., Avis du 14 mai 2009, n° 45/2009, site de la cour des comptes libanaise

1038. Cependant, laissant de côté la controverse doctrinale animée par le grand nombre de questions qui ont été laissées sans réponses, il était nécessaire d'accorder à la loi n° 157-1005 un certain intervalle de temps pour pouvoir juger son efficacité et la capacité des juridictions à combler les lacunes qui peuvent en apparaître.

1039. Toutefois, l'aptitude de la loi 2005 à satisfaire les besoins des services publics de remontées mécaniques a été remise en cause par les parlementaires eux-mêmes qui ont remarqué que l'application de cette loi ne lui a pas permis d'aboutir à ses objectifs ni de réussir par la suite à prémunir le service

1040. Dans ce cadre, une récente question parlementaire a montré l'insuffisance et la caducité de cette loi dans la pratique. En effet, si la suppression du plafond émergée par cette loi, avait pour objectif de permettre le total amortissement des installations mises en œuvre et par conséquent interdire les clauses d'indemnisation des biens à la fin du contrat, il a été relevé dans la pratique, qu'il n'est pas possible d'amortir en totalité les investissements réalisés en fin de concession avant la fin du contrat et que c'est grâce aux clauses d'indemnisation que les investissements peuvent continuer⁹⁸⁴.

1041. En effet, cette réalité dénie toute la campagne liée à ladite loi et met en relief son échec à réaliser ses buts. Ainsi, il y aurait sûrement, et à chaque fois qu'un contrat approche de son terme, des nouvelles installations à implanter et que la durée restante ne suffise pas pour les amortir en totalité, dès lors, il y aurait évidemment une partie des installations qui ne seraient pas amorties à la fin du contrat. Et par la suite, l'insertion d'une clause d'indemnisation s'avérerait à chaque fois nécessaire pour mettre une fin juste et équitable pour toutes les parties.

Si ce scénario est condamné à répétition à chaque convention de délégation de service public en matière de remontées mécaniques, alors pourquoi avons-nous supprimé le plafond dans un premier lieu ? Si le but de cette suppression était la permission du recours à une prolongation suffisante à amortir la totalité des nouvelles installations que le délégataire s'est vu forcé à installer au profit du service public quelques années avant la fin de la durée initiale, et si de toute façon on n'aurait jamais une concordance entre la

⁹⁸⁴ RM, Question parlementaire, n° 20763, *JO S Q*, débats parlementaires, du 19 janvier 2012, p. 204

date de la fin du contrat et la date de l'amortissement totale des installations et que l'indemnisation du délégataire des installations non amorties a la fin du contrat est un fait indéniable. Dès lors, ne serait-il pas plus efficace, dès le moment où l'hypothèse de la prolongation était proposée, d'opter pour une fin anticipée du contrat avec indemnisation du gain perdu au lieu d'opter pour une prolongation qui fait perdre la personne publique des années de gestion directe du service _si elle le veut_ ou bien même qui porte atteinte aux principes de la périodicité et de la mise en concurrence et qui abouti en fin de compte à une similaire clause d'indemnisation ?

1042. D'ailleurs, en revenant à l'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 on remarque que la prolongation ne constitue plus une exigence mais une option même en cas de réalisation des conditions de l'article 40 de la loi Sapin relatives aux hypothèses de prolongation. Ainsi, aux termes de l'avis « *S'il n'est pas envisagé de modifier la durée de la délégation, les charges induites par de nouveaux investissements, susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en modifier l'objet ni affecter substantiellement un de ses éléments essentiels, peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle* »⁹⁸⁵. Dès lors, il serait envisageable de substituer l'indemnisation du délégataire à la prolongation de la durée pour pouvoir compenser les investissements non amortis. Cette solution est moins risquée que l'hypothèse de la prolongation surtout que les droits d'entrée peuvent toujours « *comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés* », quoique, comme on l'a déjà montré plus haut, cette solution contribue à privilégier le délégataire sortant à être choisi à la prochaine délégation. Mais ce privilège reste éventuel et la concurrence reste présente même que réduite, alors que la prolongation du contrat entrave toute forme de concurrence.

⁹⁸⁵ CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197, p. 200

1043. Dans la même ligne de pensée une question parlementaire adressée au ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement s'inquiète sur la remise en cause du versement des indemnités des biens en fin de contrat. Une telle situation préoccupe vivement les délégataires qui s'interrogent sur l'équilibre économique de leur concession si les clauses d'indemnisation devaient s'avérer nulles alors qu'elles constituent un élément essentiel pour le renouvellement et la modernisation des équipements nécessaires au maintien de l'attractivité des domaines skiabiles. Le ministre, dans sa réponse, rappelle que la durée d'une délégation de service public doit être définie d'une façon à permette au délégataire « *d'obtenir un bénéfice raisonnable, compte tenu à la fois du prix qui peut être payé par les clients dans le contexte très concurrentiel de cette activité, des coûts de fonctionnement des installations mais aussi de l'amortissement intégral des investissements initialement prévus. À l'issue de la convention, ces derniers sont donc nécessairement amortis et ne peuvent en tout état de cause faire l'objet d'une indemnisation* »⁹⁸⁶. Cependant, concernant, les investissements non prévus au contrat initial qui constituent une situation fréquente dans ce secteur économique, peuvent, pour leur part, faire l'objet soit d'une nouvelle convention, soit d'un avenant à condition qu'il ne modifie pas substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation initiale tel que, par exemple, la durée ou le montant des investissements. Dès lors, dans son second cas « *une indemnisation à leur valeur nette comptable à l'échéance de la concession, ou à la valeur réelle si celle-ci est inférieure à la valeur comptable, peut être contractuellement prévue, conformément aux dispositions du code du tourisme. Ainsi, l'ensemble des investissements requis peuvent bien, dans ce contexte, être amortis dans le cadre d'un équilibre économique ménageant tant les intérêts des collectivités que ceux des exploitants* »⁹⁸⁷.

1044. Il résulte de ce qui précède, que la suppression de la durée maximale de 30 ans, en vue d'assurer un amortissement complet des installations, n'était ni nécessaire ni suffisante pour faire face au problème concernant la modernisation des installations tout le long du contrat et en assurant leur total amortissement. Ceci ne signifie point l'encouragement au retour à la notion de la durée plafond, ou la validité de cette dernière,

⁹⁸⁶ RM, Question parlementaire n° 119281, *JO AN Q*, débats parlementaires, du 17 janvier 2012, p. 532

⁹⁸⁷ *Idem*

au contraire, mais prouve uniquement qu'avec la suppression du plafond le problème ne sera pas clos.

En ouvrant le plafond, le législateur était sur le point de découvrir l'idéale solution à l'ensemble des problèmes relatifs à la détermination de la durée contractuelle et sa prolongation. Et pourtant, hélas, il n'a pas cherché plus loin que la suppression de la durée maximale.

1045. Cependant, si le législateur a raté la trouvaille de la solution idéale aux questions relatives à la durée des délégations de service public dans le domaine des remontées mécaniques, celle-ci était en face de lui dans d'autres domaines, telles les autoroutes et pourtant, il continuait à chercher ailleurs.

Section II : Les autoroutes : preuve de l'inefficacité d'une détermination préalable de la durée

1046. Avant d'essayer de dresser une image générale (chapitre suivant) de ce que peut être la solution à l'ensemble des problèmes que le législateur a cru pouvoir régler, une fois en cherchant par une loi générale des indices permettant la détermination de la durée contractuelle et parfois en limitant et en supprimant, par des lois spéciales, les plafonds de certaines délégations de service public, une fois en le supprimant, il s'avère nécessaire d'évoquer, en plus de tous les exemples évoqués précédemment, le cas d'un des types de DSP où la loi spécifique n'a ni fixé une durée maximale, ni supprimé une durée maximale déjà existante, et où la détermination de la durée telle que précisée par la loi Sapin n'a pu répondre aux besoins de l'actualité sans nuire aux usagers et au service public en question.

1047. Il s'agit principalement des conventions de délégation de service public en matière d'autoroutes. Une concession autoroutière est un contrat de délégation de service public par lequel l'Etat confie à une entreprise la construction, l'entretien et l'exploitation d'une autoroute, en contrepartie d'un péage. Le contrat est normalement de longue durée, car les investissements initiaux et complémentaires consentis par le concessionnaire sont importants et nécessitent d'être amortis sur plusieurs dizaines d'années, comme les

emprunts qui servent à les financer.

1048. Ce domaine a connu comme beaucoup d'autres, une évolution textuelle, nationale et communautaire hésitante (paragraphe 1), qui a laissé de côté un grand nombre de questions juridiques sans réponses définitives et qui ont abouti avec le temps à accroître les risques de corruption et ont par la suite privé le service public autoroutier et ses usagers de la protection revendiquée. En résultat, cette évolution textuelle est demeurée inadéquate (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une évolution textuelle, nationale et communautaire hésitante

1049. Quoique la gratuité de l'usage des autoroutes soit le principe, il était normal que l'exception l'emporte avec le temps. Ainsi, en dépit de l'article 4 de la loi du 18 avril 1955 portant statut des autoroutes duquel « *l'usage des autoroutes est en principe gratuit* »⁹⁸⁸, les autoroutes françaises sont généralement payantes. En effet, ce principe de gratuité « *confondu avec celui d'égalité des citoyens devant le service public* »⁹⁸⁹ trouva son terme dans l'incapacité de l'Etat d'effectuer des investissements autoroutiers en sus de la modernisation du réseau classique en raison de la pénurie des ressources budgétaires. Une statistique en 2008 a montré que « *le cout moyen de construction d'un kilomètre d'autoroute en plaine s'élevait à 7 millions, celui d'un kilomètre d'autoroute de montagne à 50 millions d'euros et celui d'un kilomètre d'autoroute enterrée en zone urbaine à 100 millions d'euros* »⁹⁹⁰. Ce déficit obligea l'Etat à recourir au financement privé pour la construction des autoroutes et leur aménagement afin de remédier à ce besoin. Il s'agit surtout du contrat de concession qui est le mieux adapté puisqu'il confie la construction des infrastructures à un tiers qui pourra amortir son investissement par la gestion du service et une rémunération imposée aux usagers. Ce type de contrat était le mode exclusif prévu initialement par les textes, jusqu'au moment où la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *relative aux libertés et responsabilités locales*⁹⁹¹ autorisa les autres types

⁹⁸⁸ Loi n° 55-435 du 18 avril 1955, *Portant statut des autoroutes (classement, servitudes, concessions)*, JO 20 avril 1955, p. 4023

⁹⁸⁹ Cour des Comptes, Rapport au Président de la République sur la politique routière et autoroutière : évaluation de la gestion du réseau national, mai 1992, JO documents administratifs, 1992, p. 22

⁹⁹⁰ PHILIPPE Edouard, Note sous CE, avis n° 362 908 du 16 septembre 1999, Section des travaux publics, Les Grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 3ème édition, 2008, n° 34, p. 395, spec. p. 399

⁹⁹¹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *relative aux libertés et responsabilités locales*, JO n° 190, du 17 août

de délégations de service public. Cependant, la concession demeure évidemment le contrat de référence. Au 1^{er} janvier 2013, on compte 8876 km d'autoroutes concédées sur un réseau total de 11490 km. Les sociétés concessionnaires assurent donc une importante mission de gestion des infrastructures, ceci à la relative satisfaction des usagers⁹⁹².

1050. L'étude de ce domaine particulier nécessite une présentation générale des textes qui le régissaient en France avant la présentation des divergents textes le régissant transmis du droit communautaire et les textes applicables en droit libanais (B).

A- Une présentation générale des concessions autoroutières en France

1051. L'usage des autoroutes en France a connu un passage d'un service public gratuit vers un service payant (1) régi par des personnes du droit privé, ce qui a constitué un énorme pas en matière des concessions. Cependant les réformes ne se sont pas arrêtées à ce stade, ce domaine était soumis à des réformes évolutives intervenues depuis les années 2000 (2) en matière de prolongation des concessions.

1- Le passage d'un service gratuit vers un service payant

1052. Ainsi, faute de moyens budgétaires, l'Etat était dans l'impossibilité de construire des ouvrages de forte capacité et très coûteux, ce qui l'a conduit à confier cette mission à une personne privée à travers les conventions de concessions. D'où l'importance de souligner l'importance de la concession de travaux et de service public dans la réalisation du réseau autoroutier français connu aujourd'hui. En recourant à ce type de contrat, l'Etat a empêché de faire supporter aux finances publiques une charge d'investissements considérables.

1053. La loi n°55-435 du 18 avril 1955, *Portant statut des autoroutes*⁹⁹³ a autorisé les contrats de concessions. Il était cependant, prévu que les collectivités territoriales et la Caisse des dépôts et consignations soient associées au capital et au

2004, p. 14545

⁹⁹² JUEN Philippe, « Voirie routière- voies publiques à statut particulier », *Juris-Classeur propriétés publiques*, Fascicule 42, 24 juillet 2013, II-6, pt. 130

⁹⁹³ Loi n° 55-435 du 18 avril 1955, *Portant statut des autoroutes (classement, servitudes, concessions)*, JO 20 avril 1955, p. 4023

conseil d'administration de chaque société a son tour, l'Etat définissant les programmes de construction, les tarifs et lui revient le contrôle du bon fonctionnement du réseau. Les concessions étaient initialement réservées aux personnes publiques (collectivités publiques, groupements de collectivités publiques, chambres de commerce ou sociétés d'économie mixte, à capitaux publics majoritaires). Néanmoins, à partir du décret n° 70-398 du 12 mai 1970⁹⁹⁴, complétant la loi de finances pour 1969, ces concessions d'autoroute ont été ouvertes aux sociétés à capitaux exclusivement privés, ce qui a permis une accélération des réalisations⁹⁹⁵.

1054. L'approbation par décret en Conseil d'Etat de la convention de délégation d'une autoroute est obligatoire ainsi que le cahier des charges. D'ailleurs, la marge de manœuvre de l'Etat est importante. D'une part, les collectivités territoriales dont le territoire est traversé par une autoroute n'ont pas à être consultées préalablement à cette approbation⁹⁹⁶, d'autre part, le juge ne contrôle pas l'opportunité de l'octroi d'une concession.

1055. La loi 89-413 du 22 juin 1989⁹⁹⁷ créa l'art L. 122-4 du code de la voirie routière qui stipulait que : « ... peuvent être concédées par l'Etat soit la construction et l'exploitation d'une autoroute, soit l'exploitation d'une autoroute, ainsi que la construction et l'exploitation de ses installations annexes telles qu'elles sont définies au cahier des charges ». Ainsi, selon cet article, la délégation des missions de service public autoroutier peut avoir des objets divers : construction, exploitation, entretien, aménagement ou extension de l'infrastructure.

1056. Aux termes de l'article 4 de la loi de 1955, le concessionnaire a le droit de percevoir des péages « pour assurer l'intérêt et l'amortissement des capitaux investis par lui, ainsi que l'entretien et éventuellement, l'extension de l'autoroute ». Le montant des

⁹⁹⁴ Décret n° 70-398 du 12 mai 1970, *Concessions par l'Etat pour la construction et l'exploitation des autoroutes modification des dispositions réglementaires des alinéas 2 et 6, substitués par le décret 60661 du 4 juillet 1960 aux alinéas 2 et 3 de l'article 4 de la loi 55435 du 18-04-1955*, JO du 13 mai 1970, p. 4509

⁹⁹⁵ JUEN Philippe, Voirie routière- voies publiques à statut particulier, *Juris-Classeur propriétés publiques*, Fascicule 42, 24 juillet 2013, II-6, pt. 118

⁹⁹⁶ CE, 14 février 1975, Époux Merlin et autres, Rec. 1975, p.110

⁹⁹⁷ Loi n° 89-413 du 22 juin 1989, *relative au Code de la voirie routière, partie législative- art. 3 (V)*, JORF du 24 juin 1989 p. 7861

péages autoroutiers est fixé par arrêté interministériel dans le cadre de la police des prix conformément à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence*⁹⁹⁸, (actuellement article L. 410-2 du Code de commerce) qui dispose que « *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence* ». Dans ce cadre, un décret en Conseil d'État pouvait valablement confier aux ministres chargés de l'Économie et des Transports le pouvoir de fixer, par arrêté conjoint et après consultation des sociétés concessionnaires, les tarifs des péages. La compétence des ministres « *s'exerce toutefois dans le respect des clauses du cahier des charges de la concession, lorsque celles-ci régissent le taux de hausse annuel des tarifs de péages applicables au réseau concédé, et présentent de ce fait un caractère réglementaire* »⁹⁹⁹. En effet, il est traditionnellement admis que revêtent un caractère réglementaire les clauses fixant les tarifs applicables aux usagers du service public¹⁰⁰⁰ ainsi que les clauses d'indexation de ces tarifs.

1057. Ainsi, le ministre de l'Économie et des Finances fixe annuellement le montant des péages. Il peut, pour cela, tenir compte de l'évolution du trafic. Le décret 88-1208 du 30 décembre 1988 prévoit que « *le montant des péages d'autoroutes en moyenne et pour chaque société en fonction de l'évolution de la structure du réseau, des charges financières, des coûts de travaux et d'entretien, des salaires, des charges fiscales et du trafic* ». Le Conseil d'État dans sa décision du 28 février 1996, *Association Force Ouvrière consommateurs* a considéré que le tarif peut être légalement modulé en fonction de l'intensité du trafic, des jours et des heures de la journée¹⁰⁰¹.

2- Les réformes évolutives des années 2000

⁹⁹⁸ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 *relative à la liberté des prix et de la concurrence*, JO du 9 décembre 1986, p. 14773

⁹⁹⁹ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 24 février 2011, n° 337920, *Association des 40 millions d'automobilistes, Contrats et Marchés publics* 2011, comm. 118

¹⁰⁰⁰ CE, 30 octobre 1996, n° 136071, *Wajs et Monnier*, RFDA 1997, p. 726

¹⁰⁰¹ LAVROFF Dmitri Georges, le domaine des collectivités locales, Encyclopédie des collectivités locales, mars 2008 chapitre 3, Le régime juridique des biens domaniaux, folio n° 5042, section II, parag II-B-1) pt 128

1058. La loi du 13 août 2004 constitue l'une des plus importantes modifications survenue en matière d'autoroutes depuis 1955. La notion de délégation de service public, dorénavant employée à la place de celle de concession, permet le recours aux diverses formules correspondantes auxquelles s'ajoutent des contrats d'un type nouveau dans le cadre du nouveau dispositif de partenariat public-privé. Il est désormais possible d'envisager que l'entreprise qui gère l'ouvrage ne soit plus forcément celle qui l'a construit : par exemple, un contrat d'affermage peut très bien succéder à un contrat de concession, une fois que la collectivité publique a repris possession des équipements¹⁰⁰².

Cette modernisation se manifeste par l'article 20 de la loi du 13 août 2004 qui dispose : « I- Les trois derniers alinéas de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière sont remplacés par cinq alinéas ainsi rédigés :
« Toutefois, il peut être institué par décret en Conseil d'Etat un péage pour l'usage d'une autoroute en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure.

« En cas de délégation des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire.
« Des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal. Il peut être procédé à un allongement de la durée de la délégation lorsque leur financement ne peut être couvert par l'augmentation raisonnable des tarifs de péage, l'allongement de cette durée ainsi que l'augmentation des tarifs devant être strictement limités à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'Etat et les collectivités territoriales intéressées, dans le cadre des règles prévues dans le code général des collectivités territoriales, peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de ces dispositions.
« La convention de délégation et le cahier des charges annexé fixent les conditions dans lesquelles le délégataire exerce les missions qui lui sont confiées par l'Etat et en

¹⁰⁰² JUAN Philippe, « Voirie routière- voies publiques à statut particulier », Juris-Classeur propriétés publiques, Fascicule 42, 24 juillet 2013, II-6, pt. 126

contrepartie desquelles il est autorisé à percevoir des péages. Ces actes sont approuvés par décret en Conseil d'Etat. En cas de contribution de collectivités territoriales au financement de la délégation, le cahier des charges prévoit un dispositif de partage d'une partie des résultats financiers de la délégation au profit de l'Etat et des collectivités territoriales contributrices, en cas de résultats financiers excédant les prévisions initiales. Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application de ce dispositif.

« Le produit du péage couvre ses frais de perception. »

1059. En effet, l'article 14 du projet de loi (ancienne nomenclature de l'article 20) ne contenait aucune mention concernant les aménagements non prévue au cahier des charges et la prolongation de la concession. Ce n'est qu'avec l'amendement n° 1257 *rect. Bis* présenté par M. Jacques OUDIN au Sénat¹⁰⁰³ lors de la première lecture que cette disposition a été ajoutée. Cet ajout vise surtout à régler les problèmes apparus depuis la suppression de l'adossement et à prendre en considération le rôle croissant joué par les collectivités territoriales dans le financement des infrastructures autoroutières. Ainsi, en vertu de ces nouvelles dispositions, il serait désormais possible d'intégrer, par voie d'avenant au cahier des charges, des ouvrages ou aménagements non prévus, le cas échéant après déclaration de leur utilité publique. Cette possibilité est subordonnée à la condition que ces ouvrages soient nécessaires ou utiles à l'exploitation de l'autoroute, tout en ne représentant que des éléments accessoires de l'ouvrage principal. Pour leur financement, trois possibilités sont envisagées : le principe serait que ce type de travaux supplémentaires soit financé par l'augmentation des tarifs de péage. Cependant, si celle-ci est excessive, le projet de loi autorise un allongement de la durée de délégation, l'une comme l'autre mesure de financement devant être strictement limitée « à ce qui est nécessaire pour compenser le coût actualisé des investissements réalisés, y compris les charges d'entretien et d'exploitation ». Si par contre aucune de ces deux solutions ne permet de couvrir la totalité du coût des investissements, l'Etat et les collectivités territoriales seront dans ce cas autorisés à apporter des concours financiers.

¹⁰⁰³ Sénat, séance du 4 novembre 2003, *JO S* du 4 novembre 2003, débats parlementaires, compte rendu novembre 2003, site du Senat

1060. En outre, la marge de manœuvre dont bénéficie le délégataire autoroutier dans la réalisation de l'équipement est étroite. L'autorité délégante, l'Etat, reste le maître du tracé autoroutier ; elle choisit également l'emplacement des échangeurs et les caractéristiques fondamentales de l'infrastructure. Il serait possible d'intégrer à l'assiette de l'infrastructure des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal¹⁰⁰⁴. Dans cette mesure, et concernant le financement des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation, celui-ci est prévu selon trois moyens : l'augmentation des tarifs des péages, l'allongement de la durée de délégation ou le concours public.

1061. Une seconde modification, moins importante, est intervenue en 2009¹⁰⁰⁵ par la loi n° 2009-179 qui prévoit dans son article 25 que « *Dans les conditions fixées par avenant signé dans les six mois suivant la publication de la présente loi, la durée des délégations de service public consenties en application de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière peut être prorogée pour une durée maximale d'un an. Chaque avenant, approuvé par décret, détaille et justifie les travaux auxquels s'engage le délégataire sur les ouvrages et dont le financement nécessite l'allongement de la durée de la concession. Ces travaux portent sur l'insertion dans l'environnement, la sécurité et les aménagements portant sur l'amélioration des conditions de circulation et les échanges avec le réseau non concédé* ». Les débats parlementaires ont montré que ces travaux portent sur l'insertion dans l'environnement, la sécurité et les aménagements portant sur l'amélioration des conditions de circulation et les échanges avec le réseau non concédé. Ainsi, seuls les ouvrages ne bouleversant pas l'économie des délégations de service public, afin de ne pas contrevenir aux règles communautaires et nationales sur la commande publique. En effet, Certaines sections d'autoroutes méritent un effort en matière de sécurité des infrastructures et des usagers, compte tenu du développement du trafic. L'étendue de ce réseau et la multiplicité des ouvrages intégrés font que, notamment du point de vue d'une meilleure insertion de l'environnement, de très nombreux chantiers

¹⁰⁰⁴JUEN Philippe, Voirie routière- voies publiques à statut particulier, *Juris-Classeur propriétés publiques*, Fascicule 42, 24 juillet 2013, II-6, pt. 121

¹⁰⁰⁵ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* n° 0041 du 18 février 2009, p. 2841

de travaux peuvent être engagés, sans grand délai. Dès lors, l'allongement proposé permettra aux concessionnaires de mobiliser, par emprunt, des ressources nouvelles, et d'engager sans délai ces travaux¹⁰⁰⁶.

B- Les divergents textes régissant le secteur des autoroutes

1062. Le domaine des autoroutes connaît des régimes particuliers qui se différencient d'un pays à autre et d'un temps à l'autre. Certains de ces régimes influencent le droit interne comme c'est le cas des textes communautaires qui sont transposés au système français (1). Par ailleurs le régime des autoroutes au Liban présente des textes prêts depuis 1967 et dont l'application est jusqu'à présent pendante (2).

1- La transposition des textes communautaires au droit interne

1063. Les dernières réformes en matière des autoroutes, surtout les communautaires d'entre elles, estiment que la création des autoroutes relève à présent de la concession de travaux et non plus de la concession de travaux et de service public, au sens où l'objet principal du contrat est la réalisation d'un équipement public. Ce critère de l'objet principal est celui retenu par les directives, en particulier la directive 2004/18/CE¹⁰⁰⁷ pour qualifier un contrat mixte. Ce domaine fait ainsi partie, d'un contrat distinct des contrats de délégations de service public.

1064. Il s'agit notamment de l'ordonnance du 15 juillet 2009¹⁰⁰⁸ et du décret du 26 avril 2010¹⁰⁰⁹.

1065. En effet, l'ordonnance du 15 juillet 2009 a été adoptée sur le fondement de l'article 51 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 *relative aux contrats de partenariat* qui habilite le gouvernement à adopter, dans le délai de douze mois à compter de sa date

¹⁰⁰⁶ Senat, séance du 21 janvier 2009, *JO S*, débats parlementaires du 22 janvier 2009, p. 616

¹⁰⁰⁷ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, *JOUE* du 30 avril 2004, L134/114

¹⁰⁰⁸ Ordonnance n° 2009-864, du 15 juillet 2009, *relative aux contrats de concession de travaux publics*, *JO* du 16 Juillet 2009, p. 11853

¹⁰⁰⁹ Décret n° 2010-406, 26 avril 2010, *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, *JO* n° 0099, du 28 Avril 2010, p. 7686

de promulgation, les mesures nécessaires pour harmoniser et rendre compatibles avec le droit communautaire.

L'article 1^{er} de cette ordonnance considère que « *les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

Cette articulation est également manifeste dans la directive 2004/18, qui définit dans son premier article la concession de travaux comme « *un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

En transposant l'article 1er § 2, dernier alinéa de la directive 2004/18, l'ordonnance de 2009 dispose en son article 3 que : « *Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis au présent titre si son objet principal est de réaliser des travaux* ».

1066. En outre, en ce qui concerne les collectivités territoriales, le décret du 26 avril 2010 a introduit le régime des concessions de travaux en créant un nouveau chapitre V au titre I du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales. Il s'agit des articles R. 1415-1 et suivants. Dès lors, ces contrats trouvent leur place à côté des délégations de service public et des contrats de partenariat. La concession de travaux, au sens du droit communautaire, absorbe et se substitue donc, pour ce qui concerne les collectivités territoriales, à la concession de travaux au sens du droit français. Par conséquent, cette notion de concession de travaux au sens du droit communautaire ne peut plus se superposer aux autres contrats administratifs. Ainsi, une délégation de service public ne peut plus en même temps être considérée, en application de la législation française, comme une concession de travaux au sens du droit communautaire¹⁰¹⁰.

¹⁰¹⁰ COSSALTER Philippe, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni

1067. Cette transposition du droit communautaire au régime juridique français sans prendre en compte la variété des législations nationales n'a pas été bien appréciée ni bien accueillie par la doctrine française¹⁰¹¹, surtout qu'elle appelle un retour à la notion de concession de travaux publics, notion qui a déjà été disparue de la pratique et de l'ordonnancement juridique français et dont il n'existait quasiment plus d'exemples en droit positif depuis des décennies¹⁰¹². L'on se demande, cependant, si certaines délégations de service public ne devraient pas être requalifiées en concessions de travaux, compte tenu de leur objet.

1068. En vertu de l'ordonnance de 2009, les concessions autoroutières, qui étaient jusqu'alors considérées comme constituant à la fois des concessions de travaux et des concessions de service public seront désormais, compte-tenu de leur objet principal, nécessairement qualifiées de concessions de travaux publics, à moins que la mission de service public ne constitue l'objet principal de la mission du concessionnaire, dans ce seul cas le contrat serait qualifié de délégation de service public.

1069. Ces nouveaux textes ont laissé subsister une incertitude sur la relation entre concession de travaux et délégation de service public. En effet, dans le cas où le contrat comporte à la fois l'exploitation d'un service et celle d'un ouvrage, la question se pose de savoir si ce contrat doit être qualifié de concession de travaux, donc respecter le régime fixé par l'ordonnance du 15 juillet 2009 et le décret du 26 avril 2010, ou de délégation de service public et donc respecter le régime fixé par la loi du 29 janvier 1993.

1070. Cependant, l'ordonnance de 2009 transposant la directive 2004/18, ne porte que sur un régime de publicité et de mise en concurrence c'est-à-dire la passation des concessions de travaux sans accorder aucune importance à la phase de l'exécution de ces conventions. De ce fait il serait normal de se demander si, lors de l'exécution, et dans le silence des textes, ce sont les règles juridiques applicables aux délégations de service public qui seront appliquées.

1071. À noter enfin que les parlementaires français, dans leurs questions

souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882.

¹⁰¹¹ *Idem*

¹⁰¹² *Idem*

parlementaires, ainsi que le gouvernement continuent, en 2014, à considérer les concessions autoroutières comme conventions de délégation de service public en se rattachant à la nomination française et ses spécificités.

2- Les autoroutes au Liban : des textes prêts en attente d'application

1072. La société libanaise était depuis toujours hostile à l'idée de délégation du domaine routier. Il s'agit d'un service gratuit et devrait l'être pour toujours. Cependant, la consultation des textes en vigueur pourrait être choquante, surtout pour ceux qui considéraient que la politique de privatisation et de la participation du secteur privé dans la gestion des services publics est instaurée à partir des années 90. En effet, un texte existant depuis 1967¹⁰¹³ disposait que la construction et l'exploitation d'une autoroute pourrait être attribuée à une société privée qui l'exerce en contrepartie d'un péage incombant aux usagers.

1073. Pourtant, aucune application de ce texte n'a été marquée depuis sa promulgation. La seule fois où le gouvernement a remis à la table la discussion concernant ces contrats était en 1995. Il s'agissait d'un plan établi par le gouvernement libanais à la marge de la loi de finances relative à l'année 1995. C'était un plan qui s'étalait sur dix années visant à créer un grand réseau routier comprenant des autoroutes circulaires et autres types des autoroutes par le secteur privé¹⁰¹⁴, à l'instar des programmes autoroutiers mis en place aux Etats Unis et en France. Les sociétés concessionnaires construiraient et exploiteraient le réseau pour un certain temps déterminé dans le contrat en couvrant leurs dépenses par un péage qu'ils imposeront aux usagers de ces autoroutes. Cependant, ce plan n'a pas été réalisé tel que prévu en raison des contestations qui n'avaient en effet qu'une arrière politique. Mais pourtant, le texte continuait à exister sans que sa mise en œuvre ne soit prévue dans l'avenir proche.

1074. Toutefois, et concernant la durée de ces contrats, le décret-loi n'a rien mentionné à ce propos. Nonobstant, il prévoit l'octroi de la convention par un décret pris

¹⁰¹³ Décret-loi n° 70 du 5 août 1967 *relatif à l'autorisation de percevoir un péage contre l'usage des autoroutes*, JO n° 66 du 17 août 1967

¹⁰¹⁴ EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif, tome 1, les services publics et les droits de l'homme*, 1^{ère} édition 1998, sans éditeur, p. 420

en conseil des ministres. Cette durée sera nécessairement revue dans le décret qui précisera notamment la date de la fin des travaux et du commencement de l'exploitation. Il serait regrettable que ce décret-loi n'ait pas précisé la façon selon laquelle la durée sera déterminée et si elle sera sujette à évaluation au cours de l'exécution du contrat. La même remarque serait donnée à la clause relative aux tarifs du service, comment serait-elle déterminée et serait-elle soumise à la modulation? Sous l'influence de quels facteurs? À vrai dire, le décret-loi a prévu l'organisation du réseau routier et de sa gestion par un décret pris en conseil des ministres sur proposition des ministres de l'intérieur et des travaux publics dans un an qui compte à courir à partir de la mise en œuvre de ce décret-loi¹⁰¹⁵. Cette organisation n'a jamais eu lieu. Dès lors, ni les textes, ni la pratique, n'ont pu dresser le régime juridique de ce secteur.

De toute façon, si une mise en place de ce type de contrat était aujourd'hui décidée, elle nécessiterait l'établissement d'un régime juridique contemporain répondant aux polémiques internationales croissantes sur ce sujet, et notamment en profitant des lacunes détectées dans d'autres régimes mondiaux afin de s'en échapper telles la technique de l'adossement et la hausse des prix.

1075. Cependant, à la différence du droit français qui considérait, jusqu'à un passé proche, les concessions autoroutières comme une sorte de délégation de service public, le droit libanais dispose expressément que ces concessions constituent des concessions de travaux publics¹⁰¹⁶, d'une part parce que les autoroutes relèvent du domaine public et non du service public, et d'autre part parce que l'objet principal de la convention porte sur les travaux publics et non sur la gestion de ces installations.

1076. Toutefois, à noter que par la loi de finance de 2002, le législateur libanais a autorisé par son article 38¹⁰¹⁷, le ministre de l'intérieur à déléguer la construction et l'exploitation des passerelles à des sociétés privées par le biais d'un contrat de BOT. Or le principe des passerelles ressemble à un certain point au principe des autoroutes

¹⁰¹⁵ Article 3 du Décret-loi n° 70 du 5 août 1967 *relatif à l'autorisation de percevoir un péage contre l'usage des autoroutes*, JO n° 66 du 17 août 1967

¹⁰¹⁶ Article 2 du Décret-loi n° 70 du 5 août 1967 *relatif à l'autorisation de percevoir un péage contre l'usage des autoroutes*, JO n° 66 du 17 août 1967

¹⁰¹⁷ Loi des finances publiques libanaises n° 392-2002 du 8 février 2002

puisque'il s'agit du même type de construction et d'exploitation quoiqu'en matière de passerelles la rémunération relève des usagers des panneaux publicitaires et non des piétons. Cependant, l'introduction du système des BOT dans ce type des contrats signifie que l'on est sur le point de considérer ces contrats comme des contrats de DSP et non plus de concessions de travaux publics.

Paragraphe 2 : Une évolution textuelle inadéquate

1077. L'évolution bienvenue des textes régissant le domaine des autoroutes était incomplète et s'est arrêtée sur des questions sans en donner des réponses apaisantes et pratiques. En effet, en matière des avenants, la procédure, ainsi que les limites n'étaient pas claires ce qui a remis en cause la mutabilité des conventions autoroutières (A).

1078. À part la question des avenants, surgit la question du contour flou de la détermination des tarifs (B) et ses conséquences néfastes sur la stabilité du service rendu aux usagers. Cette problématique remet en cause les techniques adoptées par la personne publique ainsi que le rangement de l'ordre de ses priorités non seulement dans le domaine des autoroutes mais aussi dans les autres domaines de DSP.

A- La remise en cause de la mutabilité des conventions autoroutières

1079. La mutabilité des conventions autoroutières et notamment en matière de prolongation était incertaine en raison du caractère complexe des règles régissant les concessions autoroutières (1). Cependant, le Conseil d'Etat a, comme d'habitude, présenté une position conciliante en cette matière(2).

1- Le complexe des règles régissant les concessions autoroutières

1080. Si l'article L 122-4 du code de la voirie routière ne contenait, dans sa version d'origine, aucune précision concernant la durée de ces délégations et ses hypothèses de prolongation, ceci est normal puisqu'il s'inscrivait sous l'empire de la loi du 2 mars 1982 qui octroyait aux collectivités territoriales la liberté d'administration de leurs services publics. En revanche cet article n'a été modifié qu'avec la loi de 2004¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁸ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* n°190 du 17 août

donc on n'a aucune idée sur le principe qui régissait la durée de ces contrats entre 1993, date d'entrée en vigueur de la loi Sapin, et 2004. Alors, serait-il toujours le principe de la libre administration ou seraient-elles les dispositions restrictives de l'article 40 ?

1081. En effet, la logique exige que soient appliquées les dispositions générales en absence des règles spéciales. Ainsi, tant que les concessions autoroutières font partie des conventions de DSP, et tant que les dispositions de l'article 40 ne contredisent pas celles établies par l'article L.122-4, leur application serait souhaitée. Dans ce sens la durée devrait être déterminée en fonction de la durée normale d'amortissement des infrastructures autoroutières, et sa prolongation ne serait autorisée en dehors des deux hypothèses d l'article 40. D'ailleurs, c'est ce qu'a montré l'avis du Conseil d'Etat du 16 septembre 1999¹⁰¹⁹.

1082. Cependant, l'article 20 de la loi du 13 août 2004 est venu régler cette situation en disposant que : « (...) *des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal. Il peut être procédé à un allongement de la durée de la délégation lorsque leur financement ne peut être couvert par l'augmentation raisonnable des tarifs de péage, l'allongement de cette durée ainsi que l'augmentation des tarifs devant être strictement limités à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'Etat et les collectivités territoriales intéressées, dans le cadre des règles prévues dans le code général des collectivités territoriales, peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application de ces dispositions. (...)* »

1083. En effet, la prolongation de la durée du contrat est évoquée dans cette loi d'une façon marginale comme une technique de financement des investissements, des ouvrages ou des amendements nécessaires apportés à la concession. Néanmoins, cet article devrait mettre de côté l'application de l'article 40 aux concessions autoroutières notamment en matière de prolongation. La raison de cette analyse est simple : quoique les

2004 p. 14545

¹⁰¹⁹ CE, Avis n° 362 908 du 16 septembre 1999, Section des travaux publics, EDCE 2000, n° 51, p. 230

hypothèses évoquées par cet article se rapprochent de celles établies par la loi Sapin, elles demeurent différentes. Or si le législateur voulait continuer à appliquer à ce type de concession les règles appliquées en vertu de l'article 40, il aurait trois options pour manifester cette volonté : ou bien ne rien mentionner sur la prolongation des concessions et dans ce cas l'article 40 trouve à s'appliquer en absence de règles contraires, ou bien il aurait pu reprendre la même rédaction de l'article 40, ou finalement il aurait pu simplement faire un renvoi à l'article 40 qui se concrétise par les termes « *conformément à l'article 40* ».

Les deux articles reflètent le même esprit. Ainsi l'article 40 parle de conditions de « *bonne exécution du service public* » alors que l'article L122-4 parle de condition de « *nécessité* » et d'« *utilité* ». De même les deux évoquent la raison d'impossibilité d'amortir les nouveaux investissements sur la durée restante sans augmentation « *excessive* » ou non « *raisonnable* » des tarifs.

1084. En revanche le législateur n'a pas encadré dans la loi du 13 août 2004 la durée de la prolongation, il s'est contenté de considérer que cet allongement est conçu pour assurer le financement des nouvelles ouvrages et que cette prolongation doit être strictement liée à ce qui est nécessaire sans préciser à qui revient d'apprécier la limite du nécessaire. Par ailleurs l'article 25 de la Loi n° 2009-179¹⁰²⁰ du 17 février 2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés* est venu combler cette lacune et limiter à un an maximum la prolongation des DSP des autoroutes lorsqu'elle concerne les sujets suivants : « *l'insertion dans l'environnement, la sécurité et les aménagements portant sur l'amélioration des conditions de circulation et les échanges avec le réseau non concédé* ». Dans la justification de cet article les parlementaires considéraient que les conditions dans lesquelles des ouvrages ou aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation de service public peuvent être intégrés à l'assiette des concessions autoroutières existantes sont limitativement énumérées à l'article L 122-4 du Code de la voirie routière. Cet article a pour but de mieux cerner les contours de l'article L. 122-4, en présumant que les trois

¹⁰²⁰ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, JORF n° 0041 du 18 février 2009 p. 2841

types d'ouvrages visés par la nouvelle rédaction remplissent les conditions de l'intégration aux concessions existantes. Il permettrait ainsi d'accélérer les investissements nouveaux, dans un contexte où les priorités en matière d'aménagement du territoire doivent être satisfaites. C'est pourquoi une durée d'un an est jugée suffisante.

1085. Cependant, une remarque reste à relever concernant le délai maximum d'un an que cette loi vient adopter. Une certaine disproportionnalité existe entre la durée normale de ces contrats qui s'étale sur 30 ou 80 ans, et la durée que nécessite le recouvrement ou le financement des ouvrages ou des investissements qui viennent y être ajoutés au cours de leur exécution même si ces ouvrages ont le caractère d'accessoire et donc ne nécessitent pas une longue durée pour que leur coût soit recouvert. Car un an est un délai très court pour couvrir les dépenses du renouvellement d'une installation dont le coût initial nécessitait entre 30 et 80 ans pour qu'il soit remboursé.

2- La position conciliante du Conseil d'Etat

1086. À part l'avis du 16 septembre 1999 sur la pratique de l'adossement, deux avis ont marqué la position du Conseil d'Etat en matière des concessions d'autoroutes. Ces deux avis sont ceux du 16 mars 2010 et 21 juin 2011. En effet, les questions posées devant le conseil d'Etat étaient de savoir si une concession comportant à titre principal la réalisation de travaux mais également la gestion d'un service public doit être soumise pour sa passation à la fois aux règles propres aux concessions de travaux publics et à celles propres aux conventions de délégation de service public, et dans quelle mesure une concession autoroutière peut, au cours de son exécution, faire l'objet d'une modification sans être remise en concurrence et, plus précisément, à savoir si une telle opération relève du régime des délégations de service public ou du régime propre des concessions de travaux.

1087. En effet, plusieurs apports y ont été dégagés. D'abord l'avis de 2010 confirme que « lorsqu'une concession autoroutière, qui porte à la fois sur la construction des ouvrages autoroutiers et sur l'exécution de la mission de service public de la circulation sur ces ouvrages, a pour objet principal la réalisation des travaux d'un montant égal ou supérieur au seuil défini par la directive 2004/18/CE susvisée, elle est soumise,

pour son régime de passation, exclusivement aux règles applicables aux concessions de travaux publics, sans qu'il y ait lieu de se référer à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ». Dans le même sens l'avis de 2011 dispose que : « *lorsqu'un contrat de concession autoroutière, qui porte à la fois sur la construction des ouvrages autoroutiers et sur l'exécution de la mission de service public de la circulation sur ces ouvrages, a pour objet principal la réalisation des travaux, il doit être qualifié de concession de travaux publics pour la détermination de son régime de passation* »¹⁰²¹. Ainsi, aucune combinaison entre les deux régimes ne peut être prévue. Ces avis mettent un terme à certaines hypothèses de cumul. De ce fait, pour la passation de contrats de concessions autoroutières présentant le caractère de concessions de travaux publics, les règles applicables sont désormais exclusivement celles définies au titre premier du décret du 26 avril 2010.

1088. Cependant, la question de connaître l'objet principal de la concession n'est pas toujours évidente. Lorsqu'une collectivité publique confie à un tiers la réalisation d'un ouvrage affecté à un service public, ainsi que l'exploitation de l'ouvrage et du service, l'objet principal du contrat est toujours le service public, l'ouvrage n'étant qu'un moyen¹⁰²².

1089. La Cour de justice de l'Union européenne retient une acception finaliste du critère de l'objet principal, centrée sur la « *raison d'être* » du contrat. Elle procède à une analyse des obligations « *essentiels* » et ne se réfère au montant respectif des prestations composant son objet qu'à titre accessoire¹⁰²³. Cependant, le Conseil d'Etat procède, selon certains auteurs, à une analyse exclusivement quantitative de l'objet principal¹⁰²⁴. Néanmoins, selon d'autres auteurs, son analyse est davantage « *chronologique* »¹⁰²⁵ : il fait primer la qualification de concession de travaux car la réalisation des travaux précède

¹⁰²¹ CE, section des travaux publics, avis, 21 juin 2011, n° 385183

¹⁰²² RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2012, p. 566

¹⁰²³ HOEPPFNER Hélène, « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. - À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2012, étude 7, spec. pt 19

¹⁰²⁴ ZIMMER Willy, « Précisions à propos des marchés mixtes et présentant « un intérêt transfrontalier certain » », *Contrats et Marchés publics*, n° 3 mars 2008, comm. 52

¹⁰²⁵ HOEPPFNER Hélène, « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. - À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », art. prec., spec., pt 20

l'exécution des services.

1090. Quant aux avenants, l'avis de 2010 appelle l'attention de l'Administration sur le contenu des avenants qui, s'il modifie trop l'économie général du contrat initial, peut être assimilé à un nouveau contrat de concession et emporter alors le respect des procédures de publicités. Dès lors, si les travaux supplémentaires demandés par le concédant ne constituent pas des éléments indissociables techniquement et économiquement et ne sont pas strictement nécessaires au parfait achèvement de l'ouvrage objet de la concession autoroutière, ils ne peuvent faire l'objet d'un avenant et doivent donc faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence¹⁰²⁶.

1091. À la différence de l'avis de 19 avril 2005, l'avis du 16 mars 2010 ne fait nullement référence aux règles générales applicables aux avenants, et essaie par contre de dresser leurs propres règles en la matière¹⁰²⁷. Ainsi, concernant la modification des concessions de travaux, aucune disposition n'est trouvable dans les textes spécifiques à l'exception de l'article 13 du même décret de 2010, qui transpose l'article 61 de la directive 2004/18/CE, et qui dispense des formalités d'appel à la concurrence « *la passation d'un contrat portant sur des travaux complémentaires devenus, en raison d'une circonstance imprévue, nécessaires à la réalisation de l'opération décrite dans le contrat initial, à la condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a réalisé cette opération et que :*

1° soit ces travaux complémentaires ne puissent, sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur, être techniquement ou économiquement séparés du contrat principal ;

2° soit ces travaux, bien que séparables de l'exécution du contrat initial, soient strictement nécessaires à son parfait achèvement.

¹⁰²⁶ ZIMMER Willy, « Concessions de services et concessions de travaux », *Contrats et Marchés publics*, n° 11, novembre 2011, comm. 332

¹⁰²⁷ PROOT Philippe, « Passation et modification des concessions de travaux : l'apport de l'avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2010 », *Revue de Droit administratif*, n° 10, octobre 2011, comm. 83, p. 39

Le montant cumulé de ces contrats complémentaires ne doit pas dépasser 50 % de la part du contrat principal portant sur des travaux. ».

1092. Dans son avis de 2011, la Haute juridiction rappelle les dispositions de l'article 13 du décret du 26 avril 2010¹⁰²⁸ relatif aux travaux complémentaires en matière de concessions de travaux qui prévoit que les travaux qui peuvent être prévus par voie d'avenants sont ceux qui « *ne peuvent, sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur, être techniquement ou économiquement séparés du contrat principal, soit ces travaux, bien que séparables du contrat initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement* » et dans la mesure où le montant cumulé de ces contrats complémentaires ne dépasse pas 50 % de la part du contrat principal portant sur des travaux). Cet avis rappelle de même l'article L. 122-4 du Code de la voirie routière, qui limite la possibilité d'intégrer des travaux non prévus à la condition qu'ils soient strictement nécessaires ou utiles et accessoires par rapport à l'ouvrage principal.

1093. Dans ce sens, le Conseil d'État, dans son avis de 2011, fait preuve de souplesse dans l'application qu'il retient des principes déjà dégagés dans l'avis du 16 mars 2010¹⁰²⁹. Ainsi, après avoir affirmé l'exclusivité du régime juridique des concessions de travaux, il s'est référé à l'article L.122-4 du Code de la voirie routière pour envisager le cas particulier des concessions autoroutières et notamment à la notion de « l'utilité » des travaux sans d'ailleurs s'interroger sur le caractère accessoire des ouvrages. Or cet article applicable aux concessions autoroutières en sus des dispositions de l'ordonnance du 15 juillet 2009 et du décret du 26 avril 2010, encadre explicitement la modification de délégations de service public. On relèvera ainsi que les conditions posées par le décret de 2010, lequel transpose pourtant sur ce point la directive 2004/18/CE ne sont pas limitatives et peuvent être complétées par celles, plus souples, posées par l'article L. 122-4 du Code de la voirie routière¹⁰³⁰.

1094. Concernant la durée de la prolongation, l'avis précise bien que « *cet*

¹⁰²⁸ Décret n° 2010-406, 26 avril 2010, relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JO* n° 0099, du 28 Avril 2010, p. 7686

¹⁰²⁹ NOGUELLOU Rozen, « Le rapport public 2012 du Conseil d'Etat », *Revue de droit administratif*, n° 6, juin 2012, alerte 25, p. 3

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 4

allongement de la durée du contrat et de la durée correspondante de perception des péages devrait être calculé pour couvrir ces coûts dans la stricte mesure du nécessaire, sous peine de contrevenir au régime des aides d'État de l'Union européenne ».

1095. Dans cette mesure, la Commission européenne précise que « *la durée de la concession doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire* »¹⁰³¹. Ainsi, la prolongation de durée ne serait possible que si elle correspond à la durée d'amortissement des investissements et qu'elle garantit que le bénéfice du délégataire est raisonnable.

B- Le contour flou de la détermination des tarifs

1096. Le major problème aperçu en matière des autoroutes est celui de la réévaluation continue des tarifs dans le sens d'un accroissement et la persistance de ce problème sans signes sérieux de solution (2), alors que le gouvernement a marqué une évolution dans les techniques d'encadrement du tarif (1)

1- L'évolution des techniques d'encadrement du tarif

1097. Dans le but de dresser une structure efficace de gestion du service public et de son contrôle, la Cour des Comptes a proposé dans son rapport de 1990¹⁰³² d'instaurer un système de relations contractuelles pluriannuelles entre l'Etat et les sociétés concessionnaires. Cet engagement pluriannuel fixerait des objectifs clairs et précis aux sociétés concessionnaires d'autoroutes tout en leur donnant les moyens financiers pour y parvenir. La Cour pensa notamment à l'élévation des tarifs.

1098. En effet, l'Etat se borne à fixer un tarif kilométrique moyen. L'idéal serait donc d'appliquer soit une tarification uniforme sur l'ensemble du territoire, soit une tarification liée aux frais d'amortissement et d'entretien. « *Au lieu de cela, les sociétés*

¹⁰³¹ Communication CE, 29 avril 2000, n° 2000/C 121/02, point 3.1.3

¹⁰³² Cour des Comptes 6 juin 1990, *Rapport au Président de la République*, tome I, « opérations de l'Etat » et « collectivités territoriales et établissements publics locaux », 1990, *JO documents administratifs*, p. 242

d'autoroute réduisent les tarifs sur les sections peu fréquentées pour pouvoir les augmenter démesurément sur les sections les plus fréquentées. De la sorte, elles respectent le tarif moyen fixé par les pouvoirs publics tout en encaissant des super-profits totalement injustifiés au détriment des usagers »¹⁰³³.

1099. D'ailleurs, la liberté de construire une grille de tarifs accordée à la société concessionnaire est strictement encadrée par le contrôle minutieux exercé par les services de l'État afin de faire respecter les termes des contrats de concession. Ainsi, si des modulations de tarifs existent encore, elles sont évidemment prévues et encadrées par les contrats, et obéissent impérativement à des motifs d'intérêt public. Elles ne doivent plus générer aucune recette supplémentaire pour la société concessionnaire. Cette stratégie est capable de mettre un terme à ces manipulations abusives dans la fixation des tarifs, critiquées par la Cour des comptes dans son rapport de 2008 et jugées comme « *mal étayées* » et dont la « *justification est invérifiable* »¹⁰³⁴

1100. En outre, et pour répondre à une demande de plus grande transparence de la part de la Cour des comptes, le comité des usagers du réseau routier national a été installé en 2009 par un décret n° 2009-1102 du 8 septembre 2009. Ce comité est chargé de recueillir les attentes des usagers de ce réseau, formuler des propositions ainsi que des pistes d'améliorations du service qui leur est rendu et émettre des recommandations sur les tarifs appliqués sur le réseau autoroutier concédé¹⁰³⁵. C'est en se basant sur ce contrôle approfondi du respect du contrat passé avec les concessionnaires, et sur une démarche transparente en matière d'action publique, que le Gouvernement choisit de réguler ce secteur des transports¹⁰³⁶.

2- La persistance du problème sans signes sérieux de solution

1101. Quoique plusieurs techniques de contrôle et de transparence soient mises en œuvre pour garantir une bonne gestion des autoroutes, et quoique le gouvernement s'efforce de mettre le rééquilibrage des relations contractuelles entre l'Etat et les

¹⁰³³ RM, Question parlementaire n° 17054, *JOS Q*, débats parlementaires 17 mars 2011

¹⁰³⁴ Cour des comptes 6 février 2008, *Rapport public, La documentation française*, Paris 2008, p. 249

¹⁰³⁵ RM, question parlementaire n° 14903, *JOS Q*, débats parlementaires 12 mai 2011

¹⁰³⁶ RM, question parlementaire n° 22552, *JO AN Q*, débats parlementaires 23 avril 2013, p. 4567

concessionnaires au cœur de ses priorités, le problème de l'augmentation de la rentabilité des sociétés concessionnaires et de la rupture de l'équilibre initial envisagé au moment de la conclusion des contrats de concession, persiste.

1102. En effet, les questions parlementaires montrent du doigt le problème des concessions autoroutières afin d'aider le gouvernement à dresser une politique correctionnelle à ce sujet. Dans ce sens, M. Olivier FALORNI attire l'attention de Mme la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie sur la nouvelle hausse des tarifs des autoroutes appliquée au 1er février 2013 que se situe à + 2,1 % en moyenne. Il évoque dans cette mesure, qu'une étude a dénoncé les dérives des tarifs du système autoroutier en les considérant comme « *opaques et injustes* » passant du simple au double suivant les régions. Il affirme que cette augmentation, jugée excessive, n'est justifiée ni par l'amélioration des services, ni par le développement des infrastructures. Un tel constat exige de la part du gouvernement l'instauration d'une plus grande transparence en la matière tarifaire qui apaise les usagers ainsi que la nécessité de solliciter les comités des usagers du réseau routier national installés depuis fin 2009 pour toute prise de décision¹⁰³⁷. De même, M. Florent BOUDIÉ attire l'attention du ministre sur le rapport d'enquête réalisé par la Cour des comptes concernant les relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes. « *Ce rapport pointe le manque de transparence et les relations déséquilibrées entre l'Etat et les sociétés autoroutières, au profit de ces dernières qui appliquent des augmentations importantes des tarifs des péages* »¹⁰³⁸. Le renvoi à ce rapport a fait l'objet de plusieurs questions parlementaires. Dans ce sens M. Michel LIEBGOTT¹⁰³⁹ considère que ce rapport met en exergue « le manque de poids de l'Etat » dans ce dossier suite à la privatisation des autoroutes intervenue en 2006. Les négociations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires étaient marquées par un déséquilibre au bénéfice des sociétés autoroutières. Ce déséquilibre ne serait traduit que par un désavantage à l'encontre des usagers, qui voient leurs péages augmenter pour financer l'entretien et la modernisation des autoroutes.

1103. Le ministre s'efforce de démontrer que les tarifs pratiqués sont justifiés au

¹⁰³⁷ RM, Question parlementaire, n° 22552, *JO AN Q*, 23 avril 2013, p. 4567

¹⁰³⁸ RM, Question parlementaire, n° 37116, *JO AN Q*, 15 octobre 2013, p. 10909

¹⁰³⁹ RM, Question parlementaire, n° 36483, *JO AN Q*, 15 octobre 2013, p. 10907

regard des prestations assurées par les concessionnaires. Il assure premièrement que le mécanisme de hausse des tarifs fait l'objet d'un rapport annuel sur l'évolution des péages, prévu à l'article L. 119-8 du code de la voirie routière, et transmis au Parlement. Ainsi, l'augmentation des tarifs, supérieure à l'inflation, s'explique par la passation de contrats de plan, qui permettent aux concessionnaires de réaliser des travaux complémentaires d'aménagement du réseau en contrepartie de hausses complémentaires. Selon lui, « ces aménagements permettent des avancées importantes en faveur des usagers l'accroissement de capacité d'autoroutes saturées, la création de nouveaux échangeurs en fonction de l'évolution des besoins, l'installation d'équipements de sécurité (...), la mise en place d'équipements pour protéger l'environnement comme les bassins de retenue des eaux usées et les passages pour la faune, une amélioration générale de la qualité de service, en particulier sur les aires de service et de repos (propreté, entretien, services à destination des usagers...), ou encore le déploiement du télépéage sans arrêt »¹⁰⁴⁰.

1104. Cependant, les allégations du gouvernement ne convainquent personne, et le nombre croissant des questions parlementaires sur ce sujet en est la preuve. De même, le gouvernement lui-même n'était pas convaincu de ses propres propos, ce qui l'a poussé à avouer dans l'une de ses réponses qu'il « examine actuellement les moyens de rétablir cet équilibre via notamment des évolutions de la fiscalité applicable aux concessionnaires »¹⁰⁴¹. Ces propos témoignent de la gravité et de la persistance du problème.

1105. En revanche, et à part la question d'élévation des tarifs, la question de la prolongation excessive de la durée n'a pas encore connu de dénouement. Ainsi, si on aurait eu, pour un moment, pensé que l'augmentation des tarifs remplaçait la prolongation des durées, on avait tort. En effet, dans le domaine des autoroutes la pratique des avenants continue à trouver sa place côte à côte de l'augmentation des tarifs. Dans ce sens, on cite l'exemple du décret n° 2010-328 du 22 mars 2010¹⁰⁴² qui a

¹⁰⁴⁰ RM, Question parlementaire, n° 37116, *JO AN Q*, 15 octobre 2013, p. 10909

¹⁰⁴¹ RM, Question parlementaire n° 22552, *JO AN Q*, 23 avril 2013, p. 4567

¹⁰⁴² Décret n° 2010-328 du 22 mars 2010, *approuvant des avenants aux conventions passées entre l'Etat et la Société des autoroutes du sud de la France (ASF), entre l'Etat et la Société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA), entre l'Etat et la Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE), entre l'Etat et la Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF), entre l'Etat et la Société*

approuvé cinq avenants aux conventions passées respectivement entre l'État et la société des Autoroutes du sud de la France (ASF), la société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA), la Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE), la Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF), la Société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN). Ces avenants visaient à mettre en œuvre les prescriptions issues du plan de relance, imposant aux concessionnaires de réaliser le programme prévu en annexe dans un délai de trente-six mois et organisant un suivi de l'exécution du plan de relance. En contrepartie, ces avenants reportent l'échéance des concessions de plusieurs années. Ainsi, au lieu que la concession liant l'État à la Société ASF prenne fin le 31 décembre 2012, son échéance est repoussée au 31 décembre 2033¹⁰⁴³ !

des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes et aux cahiers des charges annexés à ces conventions, JO n° 0073 du 27 mars 2010, p. 6048

¹⁰⁴³ JUVEN Philippe, « Voirie routière- voies publiques à statut particulier », *Juris-Classeur propriétés publiques*, Fascicule 42, 24 juillet 2013, II-6, pt. 131

Conclusion du Chapitre I

1106. En conclusion, la méthode employée jusqu'à présent par le législateur n'est ni complète, ni satisfaisante. Il lui manque encore de mieux cibler le problème pour mieux trouver la solution. Ainsi, il est temps de penser au delà du cadre préfixé et d'essayer de regarder le problème et de le régler à partir de nouveaux facteurs qui ne sont pas la durée contractuelle et la durée maximale fixée par les lois.

1107. Si la modification de 2005 relative à la durée des conventions de délégation des remontées mécaniques avait pour but principal la soumission de ces contrats, en matière de la durée, à l'application du droit commun, défini par la loi Sapin, ce retour ne serait idéal, car la loi Sapin, elle-même, comme on l'a déjà démontré avant, était encombrée par des lacunes concernant les facteurs responsables de la fixation de la durée, son calcul et les possibilités de sa modification. Ainsi, alors que la libération des DSP du plafond législatif était bien accueillie et attendue, ainsi que tout pas en avant dans ce sujet, le simple retour à la loi Sapin dans sa version actuelle, sans modification, condamnerait la loi de 2005 à l'échec et c'est ce qui a été prouvé par la pratique. Dès lors, il serait peut être temps de trouver une modification propre à l'article 40 pour qu'il puisse refléter sincèrement les objectifs qui étaient derrière sa promulgation.

1108. Par ailleurs, la comparaison avec l'article 40 de la loi Sapin et le souhait du retour au giron de ses règles manifeste une évidente contradiction dans l'étalage des critères de conviction. En effet, l'article 40 a, longtemps, été considéré comme une disposition contraignante pour les délégations de service public _ et c'est ce que le législateur recherchait en le promulguant _ et c'est sur quoi portait toute la campagne qui a accompagné son adoption et qui soulignait ce critère de rigidité dans la détermination de la durée des DSP et la prohibition des longues délégations. Et quoiqu'il ait permis la prolongation de ces durées il l'a contrainte par des conditions trop restrictives. Cependant, les voix qui ont sollicité la suppression du plafond en matière des remontées mécaniques se sont basées sur la volonté de simplifier la passation des avenants de

prolongation et ceci en les soumettant à l'article 40 de la loi Sapin. Ainsi, le législateur souhaitait recourir en 2005 à la loi Sapin pour réaliser un objectif que la loi Sapin elle-même s'est efforcée de prohiber. Dès lors, la loi Sapin dont on a voulu qu'elle soit le cadre restrictif du domaine des délégations de service public, a été vue en fin de compte par le législateur comme un issu, ou comme un titre d'assouplissement en la matière. D'ailleurs, la progression législative dans cette direction, nous place devant deux constatations : ou bien que l'application de la loi Sapin ne soit plus habile à réaliser ses objectifs, et dans ce cas elle doit être modifiée, ou bien que les besoins du service public aient changé dans le sens d'une modération et tendent aujourd'hui vers des objectifs contredisant dans leurs fonds les dispositions de la loi Sapin. Et dans ce cas aussi, la loi Sapin doit être modulée.

1109. En outre, l'observation des positions qu'a prises le législateur dans chaque domaine de DSP, nous pousse à poser une série de questions accablantes : pourquoi ne s'était-il jamais intéressé au problème de la modernisation des installations aux dernières années de la délégation que pour le domaine des remontées mécaniques en mettant de part les autres domaines de DSP. Dans la même ligne de pensée, pourquoi serait-il intéressé à la protection de la clientèle captive uniquement en matière de délégation de service public d'eau, d'assainissement, et des ordures ménagères sans accorder cette attention aux usagers des services publics délégués ? Et finalement pourquoi accepterait-il l'adoption de la notion de fréquentation des installations dans le domaine des autoroutes comme indice de détermination de la durée, et refuserait-t-il une telle proposition dans d'autres domaines où il insiste uniquement sur les notions d'amortissement comme critère exécutif de la détermination de la durée avec tout la fluidité que peut contenir cette notion ?

Chapitre II - Vers une fixation moins rigide mais plus contrôlée

1110. Il résulte de la faillite de l'ensemble des tentatives menées par le législateur pour fonder une théorie de la fixation de la durée, la nécessité d'aborder cette question d'une approche différente en essayant de replacer cette clause dans le contrat de DSP et lui accorder le rôle adéquat qu'elle pourra jouer.

1111. Pour le faire, il faut revenir sur la fonction basique qu'occupe la clause de durée dans un contrat de délégation de service public pour savoir où est ce que les législations successives l'ont placée et quelles en seront les attentes pour les réformes à venir.

1112. Dans sa présentation de l'économie du contrat, André COUDEVYLLE l'a définie à partir d'un rapport entre les investissements, la durée et les tarifs du contrat de délégation¹⁰⁴⁴. Il s'agit ainsi de trois éléments interdépendants pour assurer l'équilibre. *« D'abord sont déterminés les investissements nécessaires et à réaliser ; ensuite doit être fixée la durée qui correspond au temps accordé au cocontractant pour amortir ses investissements et donc la période durant laquelle les investissements constitueront pour lui une charge ; enfin, et en contrepartie de cette charge, sont estimés les tarifs, c'est-à-dire le droit d'exploiter pour couvrir les investissements »*¹⁰⁴⁵.

1113. La durée est même présentée comme une *« arme de discussion pour la collectivité dans la négociation qu'elle entreprend et comme moyen pour elle de déterminer sa politique d'investissement, de tarif et de prix »*¹⁰⁴⁶

1114. Dans ce sens, la durée est une composante de l'équilibre global des droits

¹⁰⁴⁴ COUDEVYLLE Andrée, *Les concessions de services publics des collectivités locales, Bibliothèque des collectivités locales*, Sirey, Paris, 1983, p. 74

¹⁰⁴⁵ VILA Jean-Baptiste, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, *Société Veolia propreté*, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A*, n° 26, 2 juillet 2012, 2226, p. 14, spec. p. 19

¹⁰⁴⁶ POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, À propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 » *RFDA* 1993 p. 902, spec. p. 906

et obligations des contractants¹⁰⁴⁷. Pour remplir cette mission la durée devrait être malléable et flexible afin de faire face à tout risque intervenant lors de l'exécution du contrat en affectant cet équilibre, car le risque de tomber sur une durée contractuelle surestimée ou sous-estimée est presque inévitable dans toute délégation. Un tel risque génère des problèmes en matière de la gestion du service public qui ne peuvent être compensés par les bénéfices d'une durée fixe. À ce problème le législateur est appelé à faire face en mettant sur scène des nouvelles méthodes de calcul de la durée au moment de la signature du contrat ainsi que des nouvelles techniques de contrôle de cette durée tout le long de l'exécution du contrat.

1115. Quoiqu'il lui ait pris du temps à réaliser à quel point la question de la détermination de la durée des DSP est un point délicat, une conviction confortée vers la nécessité d'adapter la clause de la durée s'est accrue ces dernières années (Section I).

1116. Dès lors, et en raison d'un grand effort doctrinal basé sur une observation concrète et profonde sur l'actualité des DSP une proposition de repositionnement de la clause de durée dans les conventions de DSP (Section II) est désormais mise en place en attente de son adoption législative.

Section I: Une conviction confortée vers la nécessité d'adapter la clause de durée

1117. Au-delà des dispositions textuelles propres à la durée d'une convention de délégation de service public, ce sont les exigences d'équilibre et de bonne gestion qui doivent conduire à la fixation de la durée contractuelle¹⁰⁴⁸. Cette dernière doit permettre d'assurer l'équilibre d'exploitation en fonction des caractéristiques économiques de l'activité, du choix fait par la collectivité dans la répartition de la charge dans le temps et de l'élasticité de la consommation¹⁰⁴⁹.

1118. Partant de cette conception, la consultation des lois en vigueur traitant la fixation de la durée contractuelle montre que celles-ci n'ont pas réussi à trouver cet

¹⁰⁴⁷ Idem

¹⁰⁴⁸ MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Montreuil, Editions du PAPYRUS, janvier 2006, p. 107

¹⁰⁴⁹ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Institut de la gestion déléguée, La Documentation française, Paris, 1999, p. 127

équilibre, et si elles l'ont par hasard trouvé lors de la passation de la convention, elles n'ont pu le maintenir tout le long de son exécution. Dans ce sens, l'on pourrait dresser un bilan des controverses alimentées par les législations qui ont traité la question de la durée des DSP (paragraphe 1).

1119. En revanche, la stagnation dans les textes n'a pas interdit la naissance d'une certaine réflexion sur la possibilité d'adopter une durée variable (paragraphe 2) pour ce type de délégation et l'opportunité que pourrait apporter un tel renversement de principe pour le service public.

Paragraphe 1 : Le bilan des controverses alimentées par les législations traitant la durée

1120. Les objectifs, la procédure d'adoption et les exemples d'application des lois en vigueur concernant la durée des délégations de services publics se caractérisent en réalité par une large marge de paradoxes et de contradictions qui ne doivent pas être laissés de côté en analysant les raisons derrière l'échec desdites lois.

1121. Dans ce sens, la présentation par le législateur d'une série d'arguments discutables (A) une fois pour supprimer, et une autre pour établir un plafond montre d'une part que le degré de sa conviction par ses propres allégations ne dépasse le seuil minimal, et marque, d'autre part, leur caractère peu crédible.

1122. Dans un autre sens, la phase de l'exécution des conventions de DSP pointe sur la contradiction entre les textes instaurant l'équilibre et la pratique de leurs applications qui met en cause d'une façon constante cet équilibre à travers la discordance entre la durée et les autres facteurs dont elle dépend (B).

A- Des arguments discutables autour de la durée maximale

1123. L'examen de l'ensemble des arguments étayés par le législateur à l'occasion des lois spécifiques encadrant et supprimant les durées maximales montre qu'il s'agissait, dans tous les cas, des mêmes allégations qui seraient importées tantôt pour justifier l'implantation du plafond et tantôt pour l'enlever. Ceci affirme, d'une part, que la

fixation de la durée n'a jamais été en elle-même une finalité des législations traitant la question des services publics mais qu'elle a toujours été évoquée au service d'autres objectifs, et montre, d'autre part, que les arguments employés ne jouaient qu'un rôle publicitaire et stimulateur pour assurer aux lois la majorité nécessaire à leur adoption.

1124. Ainsi, le raisonnement du législateur, qui une fois fixe une durée maximale au nom de la lutte contre la corruption, comme c'était le cas avec l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, qui a fixé à 20 ans les DSP en domaine d'eau, d'assainissement et des ordures ménagères, et une fois abroge un article qui fixait la durée maximale d'une délégation pour les mêmes raisons d'intérêt du service délégué comme c'était le cas avec l'article 179-B de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 *relative au développement des territoires ruraux* qui a supprimé le plafond de la durée des conventions de DSP en matière de remontées mécaniques, serait paradoxal.

1125. En effet, au cours des débats parlementaires au sein de l'Assemblée nationale lors de la première lecture du projet de loi n° 1058 *relative au développement des territoires ruraux*, pour justifier la suppression du plafond de la loi de 1985, M Michel BOUVARD marqua une intervention contestable en affirmant qu'« *Il ne s'agit pas en effet, dans ce domaine-là, des mêmes délégations de service public que celles accordées pour gérer de l'eau potable, des ordures ménagères ou des transports en commun. Dans ces cas-là, la clientèle est captive : elle ne va pas aller ailleurs prendre l'eau du robinet, mettre ses ordures ménagères chez quelqu'un d'autre ou utiliser un autre réseau de transports en commun, parce qu'il n'y en a qu'un. Mais dans les stations de sports d'hiver, si la clientèle est mécontente, elle peut aller dans une autre station et, surtout, elle peut aller à l'étranger. Aujourd'hui, cette pesanteur pénalise le renouvellement du parc de remontées mécaniques en France. Au-delà de l'allongement de la concession, il faut, je le répète, accorder une certaine souplesse dans le traitement de la problématique des avenants aux concessions. On sait très bien que seuls quatre ou cinq opérateurs de remontées mécaniques sont capables aujourd'hui d'intervenir sur le marché français et que ceux-ci sont spécialisés sur certaines zones ; il y a donc une certaine hypocrisie à croire qu'une certaine concurrence pourrait s'instaurer dans la*

gestion du parc de remontées mécaniques »¹⁰⁵⁰.

1126. Cette intervention à elle seule appelait plusieurs remarques concernant la fragilité ainsi que la superficialité des arguments adoptés au profit de l'ouverture du plafond. Premièrement, et concernant l'ancienne justification de « *clientèle captive* » dont s'est servi le gouvernement en 1995 pour établir un plafond dans le domaine des délégations de l'eau, de l'assainissement et des ordures ménagères, plusieurs critiques sont à révéler. D'abord, celle-ci s'est avérée ne pas être crédible et ne jamais être la réelle raison derrière la fixation législative du plafond. Ensuite, Protéger la clientèle se réalise, surtout, par le contrôle exercé sur la fixation des tarifs, sur la qualité du service et ceux-ci peuvent être réalisés sans le biais de la fixation législative du plafond mais simplement par les principes de base régissant les conventions de DSP, à savoir le contrôle et la surveillance qu'exerce le délégant sur le délégataire. Enfin, que cette clientèle soit captive ou non, le délégant a l'opportunité ainsi que l'obligation de contrôler son cocontractant pour qu'il ne lui impose pas ses propres règles arbitraires affectant les intérêts du service et des usagers. Le délégant ne doit jamais manquer à ses obligations du simple fait que la situation de l'utilisateur le permet. Il ne serait pas logique d'abandonner l'utilisateur pour la raison qu'il a le choix entre ce délégant arbitraire et les autres fournisseurs du même service. Ainsi, cette justification n'est ni raisonnable ni acceptable, car elle montre le législateur comme prenant part du délégataire à l'encontre des usagers. De même, à supposer suivre ce raisonnement, si la fixation du plafond vise essentiellement à protéger la clientèle captive, quelle sorte de clientèle captive existe alors en matière des casinos pour que la durée maximale de leurs contrats soit fixée à 18 ans puis à 20 ans ?

1127. De surplus, et toujours concernant le justificatif de la clientèle captive, l'utilisateur des autoroutes est lui aussi dans une situation de captivité étant donné qu'il n'a pas le choix entre un concessionnaire et autre sur le même trajet, et il est de ce fait soumis aux mêmes contraintes qu'un usager d'un service d'eau surtout au niveau du choix d'utiliser ou non le service. Alors s'il serait opportun de limiter la durée maximale dans les délégations où les usagers représentent une clientèle captive, pourquoi le législateur

¹⁰⁵⁰ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 28 janvier 2004, *JO AN*, n° 12, jeudi 29 janvier 2004, débats parlementaires compte rendu intégral, janvier 2004, p. 1030, spec. pp. 1033-1034

ne l'a pas fait en matière de concessions autoroutières surtout que ces contrats sont connus pour leur longue durée qui entrave ainsi la périodicité et la mise en concurrence, principes qui ont constitué des raisons supplémentaires pour que la durée maximale soit instaurée.

1128. Deuxièmement, concernant l'absence de la concurrence et l'inutilité de la fixation d'une durée plafond pour protéger une concurrence déjà inexistante : Même si cette absence s'avère réelle, elle ne constituerait pas une raison suffisante pour libérer le délégataire et se soumettre à ses demandes en lui facilitant la passation des prolongations. Certes dans de tels cas, l'Administration est invitée à fixer des règles plus souples pour encourager les investisseurs mais ces règles doivent être précises et ne doivent, en aucun cas, mettre en cause les principes généraux des délégations de service public.

1129. En outre, l'Assemblée nationale a considéré que l'amendement se rapportant à la suppression de la durée, en matière des remontées mécaniques, constitue une avancée¹⁰⁵¹ importante parce que la durée des contrats de concessions pose un problème de fond. En effet, à l'approche de la fin d'une concession, les investissements ne se font plus. D'ailleurs, si l'authenticité de cette situation se confirme, la suppression du plafond devrait être transportée pour supprimer la durée maximale de tout type de DSP nécessitant un renouvellement des installations au cours de son exécution, et par la suite, elle devrait en premier lieu être utilisée pour abroger la limitation à 20 ans des DSP d'eau, d'assainissements et des ordures ménagères. Cependant, l'Assemblée nationale s'est rendu compte de la critique qu'on pourrait lui adresser si elle adoptait cette argumentation et c'est pourquoi elle s'est référée à l'idée de la clientèle captive en supplément pour l'appuyer.

1130. Par ailleurs, le législateur s'est référé à l'argument de la protection des collectivités locales contre la dominance des grandes entreprises délégataires, une fois pour justifier l'instauration du plafond et une fois pour le supprimer. En effet, il a évoqué en matière d'eau que le nombre des sociétés existantes en France est limité, ce qui réduit le choix des collectivités locales, et qu'il existe une sorte d'entente entre ces sociétés ce

¹⁰⁵¹ Ibid, spec. p. 1033.

qui leur permet de dominer facilement le marché et de créer une réelle situation de monopole. Ainsi, elles contraindront les collectivités à passer sous leurs « *fourches caudines* »¹⁰⁵². De ce fait, la fixation législative d'une durée plafond s'impose aussi bien aux collectivités qu'aux délégataires ce qui libère les premiers de la pression qu'exercent sur eux les grandes entreprises en se référant, désormais, à une obligation législative qu'il ne leur appartient pas de transgresser. En revanche, en matière des remontées mécaniques, le législateur se referait à ce même nombre réduit de sociétés qui dominent le marché mais pour justifier la suppression du plafond « *On sait très bien que seuls quatre ou cinq opérateurs de remontées mécaniques sont capables aujourd'hui d'intervenir sur le marché français et que ceux-ci sont spécialisés sur certaines zones ; il y a donc une certaine hypocrisie à croire qu'une certaine concurrence pourrait s'instaurer dans la gestion du parc de remontées mécaniques* »¹⁰⁵³.

1131. D'ailleurs, l'ouverture du plafond telle qu'elle est proposée en matière de remontées mécaniques est risquée. Ainsi quelles seront les limites d'un plafond ouvert ? Pourquoi ne pas adopter la théorie du directeur départemental des finances publiques pour contrôler le dépassement d'une certaine limite comme c'est le cas en matière d'eau ? L'intervention de celui-ci était-elle liée à la notion de la clientèle captive que la loi de 1995 tentait de protéger ou était-elle liée à la préservation du service public contre toute domination ? Or s'il est considéré que le dépassement d'un plafond de 20 années pourrait affecter les deniers publics, le dépassement d'un plafond de 50 années n'aurait-il pas d'impact sur ces deniers ? La même question serait posée concernant les concessions des autoroutes dont la durée dépasse parfois les 80 années. Il serait, donc, à fortiori plus exigeant de soumettre ces contrats et leurs prolongations au contrôle du directeur départemental des finances publiques que de l'imposer uniquement aux conventions conclues en matière de l'eau.

1132. D'après ce qui précède, il serait évident que les arguments présentés par le législateur, à chaque fois qu'il essaie de traiter la question de la durée maximale, sont mal fondés et contradictoires et par la suite ne pourraient convaincre les intéressés du rôle

¹⁰⁵² Senat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JOS* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317, spec. p. 426

¹⁰⁵³ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 28 janvier 2004, op. cit., spec. pp. 1033-1034

qu'est supposée jouer la durée d'après ces textes.

B- La discordance entre la durée et les facteurs desquels elle relève

1133. Si les contractants, en se conformant aux lois présentes, s'efforcent de respecter le principe de l'équilibre financier¹⁰⁵⁴ lors de la passation du contrat, cet équilibre ne pourrait pas être dans la pratique maintenue tout le long de l'exécution.

1134. Dans ce sens, l'application des textes en vigueur aboutit souvent, à des risques de fausses estimations de la durée (1) qui apparaissent au cours de l'exécution et placent l'Administration devant deux choix amers : la prolongation ou la résiliation avec indemnité.

1135. De même, les facilités que proposent ces lois concernant la mutabilité des prix contrairement à la fixité de la durée aboutissent à des effets néfastes (2) pour les intérêts des usagers et la confiance en la personne publique.

1- Les risques des fausses estimations de la durée

1136. Si le calcul de la durée contractuelle dans certains types de DSP telle l'eau est aperçu, à un moment donné, comme possible en fonction du rapport durée/amortissement calculable selon la jurisprudence, la situation n'est pas pareille dans d'autres types de DSP où les prévisions de la demande sont très imprécises comme c'est le cas des concessions d'autoroutes. En effet, les prévisions à 10 ou 15 ans ont de grandes chances d'être entachées de sérieuses erreurs en raison d'une surestimation de la durée contractuelle. Dès lors, le candidat gagnant à l'enchère n'est pas forcément celui qui pourrait effectuer l'infrastructure au moindre coût et ceci pour défaut d'estimation. Dans ce sens, l'entreprise la plus optimiste emporterait l'enchère face à une autre plus efficace mais dont les études de marché sont plus pessimistes¹⁰⁵⁵. De même, étant donné que les entreprises concurrentes recourent à des études de marché privées qui constituent un élément-clef de la concurrence entre elles, il est probable que les entreprises investissent

¹⁰⁵⁴ CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. CE 1910, p. 216

¹⁰⁵⁵ TIROLE Jean, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, n° 51, 1999, p.79, spec. p. 89

trop dans l'estimation de la demande. L'information privée est d'une part coûteuse d'obtention, et d'autre part peut générer de l'inefficacité productive.

1137. D'ailleurs, et même dans le domaine de l'eau où la jurisprudence est encore convaincue de l'exclusivité du rapport durée/amortissement, les différentes modalités de calcul de cet amortissement et les différents résultats qui s'en dégagent conduisent à des estimations de durées différentes. Dans une preuve de mauvaise foi, la personne publique pourrait spéculer sur ces différentes modalités pour en choisir, selon chaque cas d'espèce, non pas la plus pertinente et efficace, mais celle qui lui convient mieux ou, pire encore, celle souhaitée par le futur cocontractant lui permettant d'assurer un profit maximal.

1138. En effet, il est vrai que la fixation préalable de la durée et l'intangibilité de celle-ci constituent une caractéristique inhérente à l'obligation de mise en concurrence et une garantie de la périodicité. Cependant, cette fixation anticipée pourrait indirectement susciter une prolongation de la délégation qu'on pourrait éviter et qui ne serait jamais dans l'intérêt du service ni conforme au principe de l'égalité d'accès. Il s'agit de l'hypothèse où la durée choisie s'avère dans la pratique supérieure à la durée réelle d'amortissement des installations. Ce décalage de la durée rendait nécessaire le renouvellement des installations dans les dernières années de la délégation alors que ces années restantes ne suffiront pas pour l'amortissement total de ces investissements. La solution proposée normalement serait la prolongation de la durée du contrat pour une durée suffisante à l'amortissement des installations renouvelées ou bien mettre à la charge du délégant d'indemniser le délégataire à l'arrivée du terme de la durée initiale pour les installations non amorties. Une solution qui n'est pas toujours bien accueillie par les collectivités locales surtout celles qui connaissent un déficit ce qui les place devant l'autre option aussi moins souhaitable qui est celle d'imposer des droits d'entrée au prochain délégataire : solution qui mettra en avance le délégataire sortant s'il décide de candidater. L'avis du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 avait mentionné, en passant, cette lacune sans pour autant, s'arrêter là-dessus et lui proposer un remède.

2- Les effets de la variabilité des tarifs

1139. Il est évident que la fixation des tarifs dépend de la durée accordée à la convention et de l'amortissement des installations. Entre la variabilité du prix ou la variabilité de la durée, les législations ont opté pour l'adoption d'une durée fixe et d'une clause de tarif révisable. Or l'idée de fixer le prix aura plus de sens surtout que c'est le prix qui intéresse plus l'utilisateur. À imaginer que c'est la durée qui varie et les tarifs sont stables, une certaine sécurité juridique serait instaurée en faveur des usagers. Bien sûr que cette situation ne conviendra pas aux candidats et éventuels délégataires du service. Cependant, satisfaire les usagers doit emporter la satisfaction des délégataires. Ainsi il serait mieux de sacrifier la stabilité de la durée et non les tarifs. Dès lors, c'est la durée qui varierait, au lieu des tarifs, en fonction de la fréquentation ou de l'amortissement.

1140. En effet, cette idée de renversement et de substitution des règles applicables aux tarifs et à la durée s'avère de plus en plus exigeante, notamment en considérant les problèmes accrus de l'augmentation des tarifs relevés souvent par les questions parlementaires surtout dans le domaine de l'eau et des autoroutes. Les collectivités recourent, en vertu du contrat de concession, à la modification des tarifs en fonction de la fréquentation ce qui touche essentiellement à la stabilité des relations contractuelles entre les usagers et le délégataire qui se manifestent par le prix payé que les usagers souhaitent maintenir sa valeur. Les interventions des législateurs ont largement critiqué cette augmentation continue (2,2 % en 2011, 2,5 % en 2012 et 2,01 % en 2013)¹⁰⁵⁶, et se sont demandées sur la stratégie que l'Etat compte envisager pour mieux contrôler ses concessionnaires. Malgré ces remarques, le ministre continue à défendre cette stratégie en considérant que la hausse annuelle en 2013 était parmi les plus faibles de ces dix dernières années : elles sont inférieures de 1,12 % aux hausses moyennes intervenues depuis 2003. « Ceci résulte d'un dialogue plus exigeant avec les sociétés concessionnaires sur les prix et les travaux réalisés ». À notre avis, un contrôle efficace devrait dépasser le stade d'un simple dialogue !

1141. En outre, les hausses de péages évoquées par les parlementaires dans la majorité des questions réservées aux délégations des autoroutes, servent principalement à financer des investissements complémentaires sur les autoroutes concédées en service. Il

¹⁰⁵⁶ RM, Question parlementaire, n° 54421, *JOAN Q*, 24 juin 2014, p. 5299

ne s'agit ni de travaux de maintenance, ni d'entretien et de mise aux normes sur le réseau dont la réalisation incombe en principe à la charge des sociétés concessionnaires. Il ne s'agit pas non plus d'automatisation des barrières de péages qui sont entièrement à la charge des concessionnaires, mais de la réalisation des travaux complémentaires d'élargissement et d'aménagement du réseau existant, voire de construction de nouvelles parties de réseaux, qui permettent la mise des réseaux aux normes environnementales et améliorent la qualité de service pour les usagers, négociés avec l'Etat dans le cadre de contrats de plan quinquennaux¹⁰⁵⁷. Cependant, la rigidité de la clause de la durée et la complexité de la prolongation, contrairement à la clause relative au tarif que le contrat, lui-même, stipule sa variabilité, impose aux contractants de modifier le prix et non la durée. Ce qui est à notre avis, plus dangereux et risqué pour les usagers qui préfèrent garder le prix et non la durée à l'état initial puisqu'ils s'intéressent plus au prix du service qui leur est rendu qu'à la durée du contrat qui n'intéresse que concessionnaire et ses concurrents.

1142. Autrement dit, le niveau du tarif est fortement en rapport avec les coûts supportés par le délégataire. Ainsi en matière d'autoroutes les tarifs sont fixés en fonction de la fréquentation, ce qui conduit à une variation continue de ces tarifs et à une instabilité dans ce service rendu aux usagers qui doivent prévoir d'une façon continue la variation de leurs charges en utilisant ces autoroutes. D'ailleurs, la variation du prix en fonction de la fréquentation viole le principe de l'égalité des usagers devant le service public puisqu'il entraîne une variation de ces tarifs dans les différentes régions. Cependant, et dans les pays démocratiques, la libre circulation constitue un droit acquis par les individus et qu'il convient d'assurer une certaine égalité du citoyen devant la possibilité de se déplacer sur les autoroutes et que les régions les plus accidentées ne doivent pas être pénalisées par des tarifs élevées. Pour cette raison il faut veiller à ce que les tarifs ne tiennent compte que dans une faible mesure du coût très variable de la construction des autoroutes suivant les régions et à harmoniser les tarifs¹⁰⁵⁸. Il serait mieux de respecter l'égalité d'accès des usagers au service que de le sacrifier au profit de

¹⁰⁵⁷ RM, question parlementaire, n° 54421, *JOAN Q*, 24 juin 2014, p. 5299

¹⁰⁵⁸ Cour des comptes 6 juin 1990, *Rapport au Président de la République*, tome I, « opérations de l'Etat » et « collectivités territoriales et établissements publics locaux », 1990, *JO documents administratifs*, p. 225

l'égalité des délégataires.

1143. D'une façon générale, à reprendre l'équation concrétisant le rapport entre la durée et les tarifs du service : Montant des investissements à amortir + Bénéfice d'exploitation = Recettes tarifaires x Durée d'exploitation¹⁰⁵⁹, et à considérer que l'amortissement est un facteur instable, la variation de ce dernier entraînerait la variation du prix étant donné que la durée est condamnée par les textes à rester stable. Cependant, s'il était admissible que la durée varierait avec la variation de l'amortissement, le recours à la variation des prix se réduirait à son minimum. Cette situation accablerait évidemment la personne publique qui ne saurait pas à l'avance de la date exacte de la fin de la concession que d'une façon éventuelle ce qui l'oblige à préparer à la hâte la procédure de passation de la nouvelle convention, mais cette hypothèse aurait beaucoup de profit pour l'usager qui profiterait du service rendu à un prix stable.

1144. Bref, il est temps d'admettre que la durée représente le facteur de l'équilibre financier le plus sécurisé et dont la mutabilité est la moins grave sur les intérêts des usagers, de la collectivité et du service et qu'il faut contrôler la question des tarifs en partant de cette conviction.

Paragraphe 2 : Une réflexion sur l'adoption d'une durée variable

1145. La pratique a montré qu'il est souvent impossible dans une DSP de prévoir au moment de sa conclusion l'ensemble des coûts et des recettes, ainsi que l'ensemble des difficultés susceptibles d'être rencontrées au cours de leur exécution. C'est pourquoi il serait indispensable de réfléchir à une « *dynamique contractuelle* »¹⁰⁶⁰ pour adapter le service rendu, au cours de l'exécution, aux évolutions « *des besoins, des techniques et du contexte économique et qui sont susceptibles d'affecter l'équilibre économique sur lequel ils sont fondés* »¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA* 1996 p. 100, spec. p. 103

¹⁰⁶⁰ MÉNÉMÉNIS Alain, « Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire », *Contrats et Marchés publics*, Mai 2003, chronique n° 11, p. 38, spec. p. 39

¹⁰⁶¹ MÉNÉMÉNIS Alain, Note sous les arrêts CAA Lyon, 8 février 2005, n° 99 LY006555 et n° 99 LY00919, *Commune d'Auxerre - Société Suez Lyonnaise des Eaux*, et CAA Versailles, 3 mars 2005, n°

1146. Dans ce cadre, la durée apparaît comme l'élément le plus flexible et le moins risqué pour remplir cette fonction, étant donné que la modification des deux autres éléments de l'économie du contrat (tarifs et investissements) aura sûrement des impacts négatifs sur le service public en question. D'une part, la modification du tarif affectera directement le pouvoir d'achat des usagers qui constitue une des lignes rouges de toute économie nationale d'un pays, et d'autre part, la modification des investissements et leur qualité affectera gravement le service public et sa productivité ce qui ne pourrait être admis en aucun cas. Néanmoins, la modification de la durée ne risque d'affecter en principe que les intérêts du délégataire et des éventuels candidats. Un risque qui est beaucoup plus aisé à assumer que celui de l'intérêt des usagers ou du service.

1147. En effet, cette réflexion a débuté notamment avec la doctrine qui a remarqué que la durée devrait être sujette à la variabilité eu égard à la variabilité de son référentiel : l'amortissement (A). Dans un second temps cette constatation pratique est passée par les législateurs qui ont enfin annoncé à des degrés variables l'exigence d'une durée variable (B)

A- La variabilité de la durée eu égard à la variabilité de son référentiel : l'amortissement

1148. Comme l'avait démontré M. VILA dans sa thèse, La transposition incomplète de la notion d'amortissement dans les contrats publics était à l'origine de carences fondamentales pour la pratique des contrats de délégations¹⁰⁶², surtout qu'on a voulu faire de cette notion un repère fixe, figé dans le temps, alors qu'il était évident que les valeurs à amortir ne seraient jamais maintenues dans le temps entre la phase de négociation et le terme du contrat compte tenu des fluctuations de l'amortissement industriel, au contraire la valeur patrimoniale à amortir est sujette à variation d'une manière significative. Dans cette mesure, l'amortissement ne pourrait être considéré comme un mécanisme immuable au cours d'une période d'exécution couvrant plusieurs années. Cette flexibilité met en cause la fixité avec laquelle est appréhendée

03VE04736 et n° 04VE00493, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, « Modification et prolongation des délégations de service public », *Droit Administratif* n° 7, Juillet 2005, comm. 101, p. 25

¹⁰⁶² VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse Toulouse I Capitole, 2009, p. 33

juridiquement la clause relative à la durée car le calcul de la durée contractuelle en fonction de la durée d'amortissement du patrimoine est supposé être conditionné par un élément invariable. Dès lors, la durée contractuelle préalablement déterminée ne correspondra plus à la durée réelle d'amortissement.

1149. Ce résultat est d'autant plus cruel que la détermination préalable d'une durée fixe, invariable, depuis l'appel public à la candidature constitue dorénavant, d'une façon indirecte, une atteinte aux exigences et aux règles de mise en concurrence, que la fixation de la durée prétend respecter, car les informations présentées aux candidats évincés lors de la procédure de passation ne sont pas conformes aux conditions réelles d'exécution du contrat.

1150. Alors que la notion d'amortissement s'est avérée variable et caractérisée par de nombreuses fluctuations résultant de : « *la prédominance du principe d'estimation financière, qui ne permet pas de réaliser à ce jour des expertises fiables en amont ; la complexité des modalités d'établissement des plans d'amortissement ; la variabilité des modes de comptabilisation des amortissements ; les enjeux de la méthode par composant ; les mécanismes de réévaluation des actifs ; l'instabilité des valeurs amorties* »¹⁰⁶³, il serait nécessaire d'établir des corrections à la conception de détermination de la durée contractuelle afin de réhabiliter les effets du temps dans le contrat, autrement un déséquilibre s'affichera en faveur du cocontractant. La soumission de l'amortissement aux fluctuations et aux rééchelonnements de valeurs impose incontestablement une réévaluation de la durée contractuelle au cours de l'exécution du contrat. Il apparaît ainsi, « *que la structure juridique de ces clauses doit être réformée pour leur permettre de se conformer aux fluctuations de leur référentiel : l'amortissement* »¹⁰⁶⁴.

1151. En effet, l'absence de réévaluation de la durée au cours de l'exécution de la délégation, au Liban comme en France, génère souvent situations de déséquilibre au profit du délégataire. En effet, ce manque de réévaluation permet dans certains contrats d'accorder au délégataire des périodes de purs bénéfices sans contreparties. D'une façon générale, la rentabilité de l'opération de délégation est souvent proportionnelle à la durée

¹⁰⁶³ Ibid, p. 227

¹⁰⁶⁴ Ibid, p. 36

contractuelle, c'est pourquoi la tentation est souvent forte, de la part du délégataire, de vouloir imposer un contrat à la durée la plus longue possible. En effet, la fixité de la durée et sa discordance pratique avec la durée normale d'amortissement fait que la rémunération du délégataire durant les dernières années de la délégation ne constitue plus une contrepartie financière à des investissements matériels mais constitue un marge nette. Cette discordance entre les deux durées permet au délégataire d'accroître sa rémunération.

1152. D'ailleurs, d'une façon particulière, l'absence de la réévaluation de la durée aboutit à un déséquilibre au profit du délégataire, notamment dans les contrats d'autoroutes qui nécessitent pour leur construction l'expropriation de vastes espaces de terrain des deux côtés de l'autoroute pour le compte de la société concessionnaire. En effet, et en raison de l'augmentation continue des prix des immobiliers, et en raison de la longue durée du contrat durant laquelle la société concessionnaire est considérée propriétaire de ces fonds, elle pourrait rembourser ses dépenses plus vite que prévu et par la suite réaliser des gains qui dépasseront les coûts du projet¹⁰⁶⁵. Dans ce sens, la société concessionnaire aurait réalisé des gains doublés soit en raison de l'exploitation du projet soit en raison de l'augmentation de la valeur des fonds immobiliers ce qui ne serait en aucun cas juste à l'égard de la société concédante qui ne pourrait bénéficier de cette situation et serait obligée d'attendre la fin du contrat pour récupérer le projet. Dans ce cadre, le problème actuel du régime des DSP est que la durée contractuelle n'est jamais réévaluée dans le sens d'une baisse si les circonstances surgissant l'infligent. Au contraire, les seules hypothèses prévues et encadrées par les régimes juridiques conduisent à l'augmenter sous réserves de conditions bien déterminées. De ce fait, il serait nécessaire que le principe de la conservation de l'équilibre financier du contrat instauré avec la théorie de l'imprévision soit actif dans les deux sens. Ainsi ni le délégant ni le délégataire ne seront lésés.

1153. Dans un autre sens, si la rationalisation de la clause relative à la durée, à travers sa limitation, permet de limiter partiellement le niveau de la rémunération du

¹⁰⁶⁵ NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées*, Tome 6, *Le contrat de BOT, La société moderne du livre*, Tripoli, 2006, p. 156

déléataire ou du partenaire, elle ne résout pas la question de la diversité des gains d'exploitation et de gestion. En effet, la restriction de la durée n'a pas d'incidence sur les composantes de la rémunération, mais sur le temps du droit accordé au cocontractant pour percevoir un retour sur investissements¹⁰⁶⁶. Le déléataire tend à chercher des politiques de gestion lui assurant un retour sur investissements et une marge nette maximisée. Pour le faire, il adopte de nombreuses techniques rendant inefficace le contrôle exercé par la personne publique. « *Le lissage de comptes, le Multiplicateur d'amortissement, l'accélération artificielle de l'amortissement technique pour soulager en fin de contrat certains postes de charges, le placement des provisions et des dotations pour amortissement...* »¹⁰⁶⁷. En effet, la limitation de la durée contractuelle ne fait que limiter le droit à rémunération du cocontractant ; c'est-à-dire la période d'exécution durant laquelle ce dernier dispose de la faculté de percevoir des recettes, mais ne restreint jamais l'exercice de ce droit ni rationalise ses composantes et son contenu. Afin de mieux encadrer le droit à rémunération du cocontractant, les modalités de calcul de la clause relative à la durée doivent être révisées en se conformant aux fluctuations de l'amortissement technique durant la phase d'exécution.

1154. Autrement dit, l'approche qui lie uniquement la rémunération au temps nécessaire pour amortir techniquement le patrimoine financé ne prend pas en considération les gains financiers qui ne résultent pas de l'exploitation mais des opérations de gestion. Parmi les ressources financières issues de la gestion apparaissent les amortissements de caducité, les amortissements financiers et les divers mécanismes de rentabilité qui leur sont appliqués. Dans ce sens, pour rationaliser la rémunération du déléataire il faut principalement encadrer les effets financiers de l'amortissement. Ainsi, la réforme de cette clause exige que ce soit « *déterminer un plafond de rémunération ; prévoir des clauses de reversement de la rémunération indument perçues ; redéfinir les procédures des contrôles contractuels des personnes publiques* »¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ VILA Jean-Baptiste, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. - Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2010, étude 5, p. 6, spec. p. 10

¹⁰⁶⁷ Idem

¹⁰⁶⁸ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 46

1155. Dans ce cadre, la juste rémunération du délégataire signifie que cette rémunération ne sera ni anormale ni excessive. « Celle-ci se mesure en analysant la rentabilité présentée sur la durée du contrat, en utilisant le ratio résultat d'exploitation / chiffre d'affaires. Le ratio fournit la marge dégagée par le délégataire. Il est normal que les comptes prévisionnels mettent en évidence une marge, car une entreprise privée délégataire n'a pas vocation à travailler durablement sans marge »¹⁰⁶⁹, et elle se mesure également financièrement « en rapportant les résultats aux capitaux investis (capitaux empruntés et/ ou capitaux propres, pour les investissements et le financement de l'exploitation). On utilise également, en calcul économique, le taux de rentabilité interne, c'est-à-dire le taux d'actualisation qui annule le bénéfice actualisé (plus ce taux est élevé, plus l'exploitation est rentable) »¹⁰⁷⁰.

1156. D'une façon générale, si le législateur cherchait à établir, par son rapport durée/amortissement un référentiel, l'évocation de la variabilité de l'amortissement n'aurait pas pour objet de mettre en cause l'utilisation de ce rapport mais au contraire conduirait à construire un système qui pourrait prendre en compte les fluctuations affectant l'amortissement.

1157. Dans cette mesure, la solution envisageable serait celle qui propose la construction d'une durée contractuelle plafonnée et évolutive, c'est-à-dire révisable à la baisse par les parties au cours de la phase d'exécution prenant en compte les fluctuations qui caractérisent ce mécanisme comptable. Autrement dit, et en application de cette conception, la durée serait déterminée au départ suite à des calculs de l'amortissement potentiel des installations. En effet, l'amortissement économique résulte du chiffrage prévisionnel du montant des investissements et des conditions d'exploitation. C'est ce chiffrage prévisionnel qui doit être établi en commun entre le délégataire et le délégant et servir de base à la négociation entre les parties pour la détermination de la durée du contrat¹⁰⁷¹. Cependant cette durée pourrait varier en dépit de la variation de l'amortissement réel des installations. La révision de l'amortissement stipule une révision

¹⁰⁶⁹ LONG Marceau (dir.), *Négociateur, gérer et contrôler une délégation de service public*, Institut de la gestion déléguée, La Documentation française, Paris, 1999, p. 119

¹⁰⁷⁰ Idem

¹⁰⁷¹ AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12, spec. p. 13

de la clause de la durée tout le long de l'exécution du contrat.

B- La constatation pratique de l'exigence d'une durée variable

1158. La constatation pratique de la nécessité d'adopter une durée variable relève en principe des constatations des parlementaires qui se concrétisent par les questions et les réponses ministérielles pour savoir où en sommes-nous de l'adoption d'une telle notion.

D'ailleurs après certaines revendications de l'application d'une durée variable et qui sont néanmoins restées sans suite (1), une application timide de cette notion est venue briser ce traditionnel refus (2)

1- Des revendications sans suite d'une durée variable

1159. Il importe tout d'abord de marquer que le nombre de ces interventions était restée dans un cadre limité, cependant leur importance tient au seul fait de leur évocation alors que le gouvernement insistait et continuait à la fixité de la durée.

1160. Dans une question n° 121154¹⁰⁷², M Jean-Marie SERMIER s'est intéressé à la négociation de la durée et la possibilité d'accepter une durée liée au résultat de l'exploitation comme c'est le cas au Royaume-Uni. Le député demanda une clarification face au vide juridique concernant la négociation du contrat ainsi que la possibilité d'une durée en fonction des résultats insufflés.

Le ministre rappela l'importance de la limitation de la durée eu égard au principe de transparence et du libre accès. Il affirma que si la durée n'est pas expressément visée par l'article R. 1411-1 du CGCT aux termes duquel l'objet et la nature de la convention sont au nombre des caractéristiques essentielles de la convention qui doivent être précisées dans la publicité, elle doit être comptée parmi celles-ci. Si la durée n'est pas préfixée, la publicité doit indiquer les conditions dans lesquelles la collectivité délégante appréciera les offres au regard de la durée de contrat qu'elles proposent. Dans ce cadre, la fixation de la durée du contrat peut être un élément de la négociation du contrat avec le délégataire

¹⁰⁷² RM, Question parlementaire, n° 121154, *JOAN Q*, débats parlementaires, 15 mai 2007, p. 4531

pressenti. Toutefois, si les textes et la jurisprudence n'imposent pas une durée préfixe, ils ne permettent nullement d'envisager une certaine compatibilité entre l'adoption d'une durée de contrat de délégation de service public révisable dans le cadre de l'exécution normale du contrat et les dispositions de la loi du 29 janvier 1993.

1161. Néanmoins, les questions parlementaires ne constituent pas le seul appel à l'adoption d'une durée révisable au cours de l'exécution. L'on a déjà évoqué que le conseil économique et social a proposé dans son avis sur *la réforme de la politique de l'eau* que « soit prévue une procédure de renégociation des contrats propose « *que soit prévue une procédure de renégociation des contrats tenant compte notamment des éléments d'informations et de comparaison que le Haut Conseil du service public de l'eau et de l'assainissement doit pouvoir fournir. Il suffirait pour cela d'inscrire des clauses de révision dans le contrat. Les conditions de ces révisions doivent être précisées, de manière notamment à ce qu'elles ne remettent pas en cause la mise en concurrence initiale* »¹⁰⁷³. Cependant, cette proposition n'a pas abouti.

2- Une application timide de la durée révisable brisant le traditionnel refus

1162. Contrairement à ce qui a été évoqué précédemment, une question parlementaire, intervenue en 2005, concernant les grandes infrastructures de transport, hors autoroutes, qui font l'objet d'une concession, a bouleversé les anciennes théories de durée prédéterminée. Dans sa réponse le ministre affirma clairement que « *la durée de concession est déterminée afin d'assurer l'équilibre global du contrat. Certains contrats de concession prévoient des clauses de rachat de la concession avant son échéance ou de révision de cette durée* »¹⁰⁷⁴. En effet, cette réponse contredit tout ce qui a été annoncé depuis la loi Sapin sur la limitation des durées des DSP et les restrictions concernant leurs prolongations. Ainsi, la pratique a établi des contrats où la clause de la durée n'est pas figée dans le temps et dans l'espace, mais pourrait au contraire être révisée au cours du

¹⁰⁷³ Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, *JO conseil économique et social, avis et rapports*, mercredi 22 novembre 2000, p. 96

¹⁰⁷⁴ RM, Question parlementaire, n° 59615, *JOAN Q*, débats parlementaires, 16 août 2005, p. 7903

contrat. Toutefois, le ministre n'a pas précisé si cette révision s'appréhende uniquement dans le sens d'une augmentation, et donc d'une prolongation ou bien d'une révision dans les deux sens pour prolonger ou raccourcir le contrat lorsqu'il le faut. De toute façon, l'insertion d'une clause de révision dans ces contrats constitue un défi ainsi qu'une avancée dans un domaine où il était clair que la durée ne pourrait être prévue d'avance sans nuire aux intérêts financiers du délégataire ou du délégant en interdisant au premier de recouvrer ses dépenses ou bien en le laissant réaliser des gains indus.

1163. D'ailleurs cette réponse est logique et convaincante, surtout dans le domaine des autoroutes à péages car si la détermination de la durée relève de l'amortissement des installations, ce dernier est en rapport direct, dans ce type de contrat, avec la fréquentation des usagers de cette autoroute qui peut être stable ou bien, pour certaines raisons, variée ce qui nécessite une adaptation de la durée en fonction de la fréquentation tout le long de l'exécution du contrat. Nonobstant, cette réponse suscite l'interrogation sur la potentialité de son application sur d'autres types de délégations voire à la totalité des conventions de DSP. Mais dans ce cas serait-on en face d'un cumul de durée maximale préfixée et d'une clause de révision de la durée contractuelle ou bien la présence d'une telle clause mettrait fin à la théorie de durée maximale ?

Section II : Le repositionnement de la clause de durée dans les conventions de DSP

1164. Comme il existe différentes modalités de calcul de l'amortissement, il existe, de même, différentes modalités de détermination de la durée. La durée fixe représente le système dans lequel une durée invariable est fixée pour l'exécution d'un contrat applicable à toutes les délégations attribuées dans un secteur déterminé. Cette modalité aura comme inconvénient le non amortissement total des installations. Cependant pour ajuster cette contrainte, un système de succession patrimoniale est instauré et qui consiste au transfert des charges des investissements non amortis au nouveau gestionnaire¹⁰⁷⁵. Ce système ne prend pas en considération la durée de l'amortissement des installations nécessaires à l'exploitation du service, d'où sa fragilité !

¹⁰⁷⁵ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, op. cit., p. 708

Une autre modalité plus reconnue, la durée adaptée¹⁰⁷⁶, employée dans le système français. Elle serait liée à la durée d'amortissement. D'ailleurs dans certains domaines, cette durée serait enserrée dans les limites d'une durée habituelle fixant soit une durée plafond, soit une obligation procédurale en cas de dépassement¹⁰⁷⁷. Toutefois, l'on a déjà évoqué les carences et les insuffisances d'une telle modalité de détermination.

1165. Pour pallier ces lacunes, et en réponse à toutes les demandes précitées sur la nécessité de réviser la durée au cours de l'exécution du contrat, une nouvelle modalité de détermination de la durée est invitée à trouver sa place dans le régime juridique des DSP, il s'agit de l'institutionnalisation d'une durée révisable au cours de l'exécution (paragraphe 1).

1166. Cependant, et avant que viennent s'élever les voix critiquant cette modalité sous prétexte de protection du service public et des principes de transparence et de concurrence, l'instauration de cette théorie exige la mise en place d'un système de contrôle adéquat (paragraphe 2), permettant de réaliser le plus haut profit de cette théorie sans néanmoins s'attaquer aux principes fondamentaux précités.

Paragraphe 1 : L'institutionnalisation d'une durée révisable au cours de l'exécution du contrat

1167. Il s'agit d'une théorie anglo-saxonne consistant à adopter pour l'ensemble des conventions de délégation de service public une durée contractuelle variable en fonction des résultats financiers de l'exploitation reconnue sous le nom de « *durée endogène* ».

1168. Cette théorie date seulement de quelques années, mais ces dernières sont assez suffisantes pour évoquer ses lignes directrices et donner une vision sur l'efficacité de son adoption sur la totalité des conventions de DSP.

L'on pourrait estimer que cette théorie constituera une solution des problèmes causés par la fixation prédéterminée de la durée. Ainsi, l'institution de cette théorie, tant

¹⁰⁷⁶ Ibid, p. 709

¹⁰⁷⁷ Ibid, p. 710

revendiquée, nécessite une présentation (A) globale de celle-ci, suivie d'une prévision concrète sur son application (B).

A- La présentation de la théorie de durée endogène

1169. La présentation de cette théorie exige que soient évoquées les étapes de sa parution (1), ainsi que les avantages et les inquiétudes (2) qu'elle encourt.

1- La parution de la théorie

1170. Dans un article publié en 1997 par trois économistes, Eduardo Engel, Ronald Fischer et Alexander Galetovic, sous le nom de *least-present-value-of-revenue (LPVR) auctions*, sur le régime de la privatisation des autoroutes chiliennes, les auteurs proposèrent l'introduction des contrats de BOT (*Build-Operate-Transfer*) à durée de concession endogène. L'idée veut que l'enchère ne porte pas sur le péage. En fait, l'autorité concédante choisit antérieurement un plafond pour ce péage. Dans cette mesure, l'entreprise moins-disante, la gagnante de l'enchère, serait celle qui demande la valeur actualisée des péages la plus faible. Ainsi, la concession retrouve son terme une fois cette valeur serait atteinte. Suivant cette logique, c'est la durée de la concession qui s'ajuste à la réalisation des péages et non le contraire. L'idée est donc d'assurer le concessionnaire vis-à-vis du risque de demande¹⁰⁷⁸. Cette théorie a été par la suite appliquée dans certains nombre de pays tels l'Inde la Grèce et l'Angleterre¹⁰⁷⁹.

1171. Cette théorie trouve particulièrement sa place dans les délégations où l'amortissement des installations ne peut être calculé qu'en fonction du taux de fréquentation de celles-ci. Il s'agit principalement des concessions d'autoroutes. « *Selon cette théorie, une concession d'autoroute pourra durer aussi longtemps que ne seront pas couvertes les charges d'investissement, le montant des tarifs perçus sur les usagers étant en revanche déterminé. La durée de la concession s'ajuste ainsi au versement effectif des péages et donc à la fréquentation* »¹⁰⁸⁰. Cette clause est appelée clause de « *durée*

¹⁰⁷⁸ TIROLE Jean, « Concessions, concurrence et incitations », art. prec., spec. p. 91

¹⁰⁷⁹ COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », *Droit Administratif*, n° 5 mai 2006, étude 9, p. 4

¹⁰⁸⁰ Idem

endogène coulissante ».

1172. Cependant, alors que les auteurs anglais de cette théorie proposaient exclusivement des durées « *coulissantes* » s'adaptant avec une parfaite élasticité sans aucune limite théorique à l'usage réel de l'ouvrage, M. Philippe COSSALTER estime dans son étude¹⁰⁸¹ que cette formule pourrait être légalement adoptée dans le système français, à condition de stipuler un plafonnement de la durée accompagné d'une clause de résiliation anticipée.

1173. Dans ce sens, la clause de durée endogène proposée ne consiste pas à prévoir une durée totalement variable en fonction de la fréquentation, mais une durée plafond qui peut être diminuée au cours de l'exécution du contrat. Ainsi, la durée maximum de la concession pourra être déterminée dès la signature du contrat en fonction des estimations de fréquentation les plus pessimistes, permettant d'assurer dans tous les cas la couverture des charges d'investissement. Une fois cette durée « *prudentielle* » est déterminée, la durée effective de la concession serait calculée en fonction des résultats réels de l'exploitation. Il s'agit d'influer sur la rémunération totale, sans modifier le prix payé par l'utilisateur. Dans cette mesure, cette clause serait accompagnée d'un mécanisme de résiliation anticipée, sans aucune indemnisation, au cas où des prévisions de fréquentation maximum seraient dépassées¹⁰⁸².

1174. Par ailleurs, certains auteurs ont préféré l'adoption d'une notion de durée variable à la place de durée endogène en considérant que cette dernière ne prend compte que des fluctuations internes auxquelles est soumis l'amortissement et n'accordent aucune importance aux variations de valeurs externes à la relation contractuelle affectant cette notion¹⁰⁸³. Ainsi, les tentatives de réforme des régimes juridiques en la matière doivent instaurer une périodicité imposant aux parties d'expertiser la durée contractuelle et de la rééchelonner si cela s'avère nécessaire. Il serait concevable « d'utiliser les prévisionnels d'amortissement technique du patrimoine présentés lors des négociations et

¹⁰⁸¹ Idem

¹⁰⁸² Ibid, spec. p. 5

¹⁰⁸³ VILA Jean-Baptiste, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. - Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », art. prec., spec. p. 12

servant à définir la durée maximale du contrat pour structurer ce cadre de renégociation »¹⁰⁸⁴.

1175. La pratique des autoroutes françaises a connu des exemples¹⁰⁸⁵ où des clauses de durée endogène ont été insérées dans le contrat comme par exemple le droit à l'Etat de mettre fin de manière anticipée à la concession en fonction des montants de flux de trésorerie atteints, ou même la prévision dans le contrat de son extinction à la demande du concédant dès lors que le chiffre d'affaires réel atteindra un certain chiffre fixé à l'avance. Cependant cette pratique n'a dépassé la situation de casuistique.

1176. Certes, le rapport de la durée/fréquentation ne serait pas efficace pour tous les secteurs de DSP surtout ceux où l'usure des infrastructures est essentiellement liée au temps et non à l'usage, mais ce que l'on peut tirer de cette théorie et l'appliquer dans les domaines où la fréquentation ne constitue par le seul facteur de l'amortissement ou n'en constitue pas le facteur principal, est l'idée de la fixation d'une durée maximale probable en fonction d'un calcul préliminaire de l'amortissement ou d'une estimation de la fréquentation et d'admettre la possibilité de réduction de cette durée au cours de l'exécution en fonction d'amortissement réel des installations. Ainsi, même si les auteurs de cette théorie ne se sont intéressés qu'à son application sur les concessions routières, rien n'interdit qu'elle soit appliquée sur toute délégation nécessitant la mise en place des installations et des investissements en application de la théorie de l'amortissement total des installations.

2- Les avantages et les inquiétudes encourus

1177. La venue de cette théorie était accompagnée d'une liste de bénéfices et de

¹⁰⁸⁴ Idem

¹⁰⁸⁵ Article 36.2 du cahier des charges annexé à la convention de concession passée entre l'État et la Compagnie Eiffage du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc, Décret n° 2001-923, 8 octobre 2001, *JO* n° 235 du 10 Octobre 2001, p. 15923; Article 29 du cahier des charges annexé à la convention de concession passée entre l'État et la société Arcour pour la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation de la section Artenay-Courtenay de l'autoroute A 19, Décret n° 2005-334 du 7 avril 2005 *JO* n° 83 du 9 Avril 2005, p. 6426 ; Article 29 du cahier des charges annexé à la convention de concession passée entre l'État et la société Adélaç pour la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de la section Saint-Julien-en-Genevois – Villy-le-Pelloux de l'autoroute A 41, Décret du 27 octobre 2005, *JO* n° 252 du 28 Octobre 2005, p. 16996

craintes auxquelles elle a su répondre pour convaincre les intéressés.

a- Les avantages avancés

1178. L'avantage de la théorie de durée endogène par rapport à l'ancienne théorie employée jusqu'à présent est la simplification du mécanisme de révision des contrats. « *À chaque instant, le manque à gagner associé à la confiscation par l'autorité concédante de l'infrastructure du concessionnaire est relativement bien défini, en supposant connus les frais de maintenance et de commercialisation* »¹⁰⁸⁶. Ainsi, si aucun frais de maintenance n'est exigé, le manque à gagner serait égal à la différence entre l'offre du concessionnaire et les revenus accumulés depuis le début de la concession. Dans ce cas, l'autorité concédante trouvera plus de facilité à mettre le concessionnaire en concurrence au moment où des majeures modifications sont souhaitées dans le contrat sans pour autant exproprier le concessionnaire, alors que cette mise en concurrence était plus compliquée dans les contrats traditionnels.

1179. Cette théorie aura, de même, pour avantage d'assurer une stricte proportionnalité entre les résultats de l'exploitation et la durée du contrat et permet par conséquent d'exercer un contrôle efficient sur les revenus du concessionnaire prévalant par conséquent l'intérêt du service. En effet, la limitation des profits par des mécanismes de contrôle des tarifs ou du taux de retour sur investissement est une pratique constante qui existait depuis longtemps. « *Elle peut prendre la forme de clauses de révision des tarifs en fonction du volume ou de la fréquentation, parfois sur la base d'une « dénonciation volontaire », de la part du concessionnaire, de résultats trop favorables* »¹⁰⁸⁷. En revanche la durée endogène ne va jamais à l'encontre du délégataire comme le fait croire l'idée du contrôle des gains puisqu'elle constitue une garantie pour ce dernier face aux risques de fréquentations. Ce risque n'a en effet aucun sens que si la durée du contrat est fixe. Ainsi, l'élasticité de la durée en fonction de la fréquentation réduit ce risque à zéro.

1180. De surplus, l'avantage que représente la durée endogène consiste

¹⁰⁸⁶ TIROLE Jean, « Concessions, concurrence et incitations », art. prec., spec. p. 91

¹⁰⁸⁷ COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », art. prec., spec. p. 6

notamment à la permission du retour anticipé de l'ouvrage en cas de bons résultats d'exploitation, tout en réduisant fortement le risque de demande. Cet avantage est double, « *puisque'il permet l'adaptation des conditions d'exploitation à toutes les hypothèses, les plus pessimistes comme les plus optimistes, sans nécessiter de renégociations pouvant entraîner une modification substantielle de l'économie contractuelle* »¹⁰⁸⁸.

1181. Cependant, Cette théorie ne réalisera pas sa pleine et entière utilité que si le patrimoine visé dans la convention est expertisé avec précision par la personne publique. Cette dernière doit développer un véritable suivi opérationnel consistant en une évaluation continue du patrimoine et des éléments qui le composent depuis sa mise en service et durant l'exécution du contrat.

b- Les critiques non-fondées

1182. La raison principale pour laquelle la durée contractuelle n'était pas soumise jusqu'à présent à la technique de révision, c'est parce qu'on considérait que la fixité de la durée assurera la sécurité juridique de l'accord contractuel entre les parties et la mise en concurrence entre les différents candidats. En partant de cette ligne de pensée, la notion de durée endogène était repoussée pour des considérations juridiques, financières et techniques. Nonobstant ces critiques ne sont pas fondées.

1183. D'abord, sur le plan juridique, cette théorie rendra impossible la fixation initiale de la durée d'exécution et viole donc directement l'ensemble des systèmes juridiques européens qui exigent que la durée d'une délégation soit déterminée dans le contrat, bien qu'il est admis qu'elle soit susceptible à des modifications ultérieures. Dans cette mesure, l'adoption d'une durée variable sollicite, à priori, la crainte d'aller en soi avec une instabilité du contrat ce qui entraînera un accroissement des risques pour la personne publique. Les adhérents à cette idée de l'établissement d'un déséquilibre juridique et économique ont étayé leur point de vue en partant de trois raisons¹⁰⁸⁹. Selon eux cette variabilité portera atteinte aux exigences de transparence et de mise en

¹⁰⁸⁸ Ibid, spec. p. 9

¹⁰⁸⁹ VILA Jean-Baptiste, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. - Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », art. prec., spec. p. 12

concurrence, puisqu'en présence d'une durée variable, les négociations ne reposeraient plus sur les éléments réels d'exécution. Ensuite, cette variabilité permettra au délégataire d'accroître sa rémunération, puisqu'elle rendrait difficile la maîtrise du contrat par la personne publique. Et enfin, l'adoption de la théorie de durées variables rappelle l'hypothèse de contrats sans fin car les parties auront la possibilité de détourner ce mécanisme afin de prolonger indéfiniment l'accord contractuel.

1184. Cependant, une simple observation de la pratique des contrats de DSP existant démontre que l'ensemble de ces risques existent déjà aujourd'hui et se justifient notamment par la présence d'un décalage entre les données d'exécution dressées par le principe de la mutabilité et la clause de la durée appréhendée avec une fixité certaine. Dès lors, L'insertion de la théorie des durées variables permettrait en réalité de remédier à cette situation.

1185. Ensuite, quant aux obstacles techniques ceux-ci s'appuient sur l'obsolescence de l'infrastructure. L'on craint que l'allongement de la durée d'exploitation ferait courir le risque d'une dépréciation des actifs rendant nécessaire des travaux de renouvellement ce qui allongerait d'autant la durée d'amortissement. Cependant, cette crainte n'aurait pas de sens dans les domaines où serait appliquée cette théorie puisqu'elle concerne, en particulier, les domaines où l'usure est liée à l'usage des installations et non pas à la durée¹⁰⁹⁰.

1186. Enfin, en se basant sur les considérations financières, la théorie de la durée coulissante poserait, sur le plan financier, certains problèmes puisqu'elle rend impossible l'établissement d'un plan de financement. Seul le financement sur fonds propres semble pouvoir souffrir d'une indétermination. Nonobstant, cette objection ne serait pas déterminante, car il semble que les banques d'aujourd'hui acceptent, sous certaines conditions, et notamment avec l'adoption accrue de cette théorie à la totalité des DSP, d'accorder des prêts pour des durées indéterminées tant que leur recouvrement est assuré par l'adaptation endogène aux risques de demande.

B- L'application de la théorie

¹⁰⁹⁰ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, op. cit., p. 711

1187. La mise en place de cette théorie entraînera des modifications au régime juridique connu jusqu'alors et fera dégager des nouvelles conséquences (1) qu'on doit bien reconnaître.

1188. D'ailleurs et en raison de l'influence du droit communautaire sur le droit interne français il serait important d'étudier l'impact de ce droit sur l'adoption de la théorie de durée endogène (2).

1- Les conséquences de l'application de la théorie

1189. L'application de cette notion exige la construction des clauses contractuelles variables qui respectent les procédures de réévaluation des amortissements. Dans ce sens, cette nouvelle donnée d'exécution, à savoir la variabilité doit être intégrée dans la procédure de passation. Et le contrat lui-même doit prévoir une procédure précise pour la révision.

1190. Ainsi, lors de la phase de passation du contrat, l'adoption d'une durée variable ne veut point dire que celle-ci ne serait jamais déterminée surtout si l'on parle d'une durée révisable plafonnée. Dans ce cas, le plafond serait connu dès le départ. En effet, la durée peut toujours constituer un critère de sélection de l'offre mais ne serait jamais un caractère à dévoiler dès la première phase de la procédure car la considérer comme telle exige sa fixité.

1191. Lors de la phase d'exécution, à l'instar des règles introduites dans les législations relatives aux DSP et qui prévoient des conditions de prolongation de la durée contractuelle au cas où celle-ci s'avère insuffisante pour l'amortissement des installations implantées, l'adoption d'une durée variable doit permettre d'adopter la possibilité de rupture du contrat en cours si la durée s'avère excessive au cours de l'exécution de celui-ci. Elle peut intervenir par caducité ou par résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

1192. Certes, l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, a constitué une avancée dans la matière de caducité des contrats. Cependant il est resté dans le cadre des domaines où la loi a prévue

une durée maximale et où la durée restant à courir des contrats en cours, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédait la durée maximale autorisée par ladite loi. Cette jurisprudence doit être, et conformément à l'esprit de la durée révisable, appliquée à l'ensemble des DSP, peu importe si la loi prévoit une durée maximale ou non au moment où la durée de ce contrat s'avère excessive et susceptible de générer des rentes économiques indues en l'absence de charges à amortir et s'oppose, ainsi, aux principes de la loi Sapin.

1193. Concernant la possibilité de résilier unilatéralement un contrat conclu pour une durée qui s'avère au cours de l'exécution excessive. Normalement, la résiliation anticipée du contrat est exclusivement le fait de l'Administration, laquelle, avant de prendre sa décision, est susceptible d'évaluer son impact financier. La résiliation unilatérale est justifiée soit par un motif d'intérêt général, soit par une faute du cocontractant.

1194. Le Conseil d'Etat dans sa décision du 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*¹⁰⁹¹ a ouvert la voie à une résiliation unilatérale prononcée pour un motif d'intérêt général tenant à l'illégalité du contrat du fait de sa durée excessive. Le rapporteur public Bertrand Dacosta suggéra, pour des motifs de sécurité juridique, « *de subordonner l'expiration des relations contractuelles, lorsqu'elle intervient avant son terme initialement prévu, à une décision explicite de la collectivité ou du juge* ». Il affirme que pour qu'un contrat soit caduc, il faudrait qu'il ait été licite au moment de sa conclusion et qu'un évènement survenu au cours de l'exécution ait rendu sa poursuite impossible. Or, concernant les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi Sapin pour une durée supérieure à celle fixée dans ladite loi, « *le ver est dans le fruit dès l'origine* ». Dans ce sens, et étant donné que la résiliation représente une des sanctions de l'illégalité entachant un contrat, et étant donné que les principes généraux du droit des contrats administratifs accordent à l'Administration la faculté de prononcer une résiliation unilatérale, soit pour un motif d'intérêt général, soit pour faute, il ne serait pas logique de la priver de cette faculté lorsqu'il s'agit de mettre fin à l'exécution d'un contrat illégal.

¹⁰⁹¹ DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « De l'art de la suite jurisprudentielle : triptyque contractuel », *AJDA* 2013, p. 1271

Cette possibilité doit trouver sa place à fortiori lorsque le contrat n'est pas en lui-même illicite, mais qu'il le devient si son exécution se poursuit au-delà d'une certaine durée. Selon lui, « *mettre fin à un contrat illégal constitue, en soi, un motif d'intérêt général* » ce qui n'exclut pas que le juge, éventuellement saisi ultérieurement, prononce son annulation. Le Conseil d'Etat a donc jugé « *qu'eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge* »¹⁰⁹².

1195. Le Conseil d'Etat a fondé, ainsi, une procédure permettant à l'autorité déléguante de mettre un terme à un contrat s'étalant sur une durée excessive¹⁰⁹³. Cette jurisprudence justifie, encore une fois, l'attention accordée par la jurisprudence administrative à la clause de durée. En effet, cet arrêt constitue une suite à l'arrêt Commune d'Olivet et s'inscrit dans la même ligne directrice mais différemment à ce dernier, l'arrêt *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne* concerne les DSP conclues postérieurement à la loi Sapin et dans des domaines où la loi n'a pas fixé une limite à la durée contractuelle¹⁰⁹⁴. Cependant, cette jurisprudence fut critiquée parce qu'elle lie l'excessivité aux dispositions législatives or l'appréciation de ce caractère exige l'appréciation des modalités de calcul de la durée définies par le Conseil d'Etat et non par la loi. C'est pourquoi il aurait été préférable que le juge démontre « *en quoi la durée pouvait apparaître excessive alors qu'une clause de cette envergure est fréquente dans les DSP de parcs publics de stationnement* »¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹² CE 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne [SAPP]*, n° 365043, *AJDA* 2013, p. 1271

¹⁰⁹³ NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441

¹⁰⁹⁴ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne [SAPP]*, n° 365043, « Les délégations de service public à l'épreuve de l'urgence ou la mort annoncée d'un contrat administratif », *JCP A*, n° 42, 14 octobre 2013, 2297, p. 1

¹⁰⁹⁵ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, « Les délégations de service public à l'épreuve de l'urgence ou la mort annoncée d'un contrat administratif », *JCP A*, n° 42, 14 octobre 2013, 2297, p. 1, spec. p. 4

1196. En revanche, en appliquant la théorie de durée variable, la résiliation serait justifiée par la réalisation de l'objet du contrat (exploitation du service, remboursement des dépenses, une marge de gain). Ainsi techniquement il ne s'agit plus d'une résiliation mais d'une arrivée au terme du contrat en raison de la réalisation de son objet. Dans cette même ligne de pensée, l'application de la durée variable mettra fin à la technique d'indemnisation du délégataire parce que le contrat n'arrive à son terme que lorsque les installations implantées seront toutes amorties.

2- L'application de la théorie face au droit de l'Union européenne

1197. Il s'agit de voir la place de la théorie de durée endogène face au droit de l'Union européenne (a). Et loin de cette théorie, il s'agit de voir l'influence de l'évolution européenne sur l'application de la loi Sapin (b).

a- L'évolution de la notion de durée endogène face au droit de l'Union européenne

1198. Au niveau communautaire aucune disposition ne semble prohiber le recours à une durée endogène car ce droit ne prohibe que les durées supérieures à ce qui est nécessaire pour amortir les capitaux investis.

1199. En effet, la prépondérance du droit de la concurrence et de la mise en concurrence impose que la durée contractuelle soit déterminée en fonction des conditions de l'exploitation, qu'elle ne soit pas substantiellement modifiée et qu'elle ne porte pas atteinte au principe de l'égalité et de la transparence¹⁰⁹⁶. D'une part, le droit communautaire de la concurrence implique nécessairement une limitation de la durée d'une délégation¹⁰⁹⁷ de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements ainsi qu'une rémunération raisonnable des capitaux investis¹⁰⁹⁸. Une durée excessive pourrait constituer un abus de position dominante.

¹⁰⁹⁶ COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », art. prec., spec. p. 7

¹⁰⁹⁷ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats publics rive et le droit communautaire de marchés publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004), 327 final, pt 46

¹⁰⁹⁸ Commission des communautés européennes, *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, Bruxelles 12 avril 2000, 3.1.3

1200. D'autre part, le droit communautaire de la mise en concurrence s'intéresse surtout à la conservation de l'égalité entre les candidats et à la préservation de la transparence. Or ces objectifs ne seront pas mis en cause par le système de durées endogènes coulissantes dès lors que son utilisation est prévue dans les documents de consultation, et donc indiqué, dans des conditions identiques, à l'ensemble des candidats. Autrement, cette proposition de diminution de la durée ne semble pas porter atteinte aux principes de la commande publique si cet aspect du contrat est intégré durant la procédure de passation et porté à la connaissance des candidats à cette occasion. Au contraire, elle participe à la mise en concurrence et à la réalisation d'une procédure de passation conduisant à choisir le mieux-disant.

b- L'influence de l'évolution européenne sur l'application de la loi Sapin

1201. Votée au Parlement européen le 15 janvier 2014 et adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 11 février, la nouvelle directive n° 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession régit tant les contrats de concession de travaux relevant jusqu'alors de la directive 2004/18 que les concessions de services qui étaient, auparavant, simplement soumis aux principes généraux du droit communautaire. Ce cadre juridique nouveau, publié au *JOUE* le 28 mars 2014, devra être transposé en droit français dans un délai de 2 ans et s'accompagnera de modifications du cadre juridique actuel des délégations de service public régies par la loi Sapin et ses décrets d'application¹⁰⁹⁹.

1202. La directive s'empare à poser non seulement des règles de passation, mais aussi d'exécution, pour les concessions de travaux et les concessions de services. En réalité, c'est la première fois où les directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions s'intéressent au sujet de l'exécution de ces contrats¹¹⁰⁰. Le droit de l'union s'est vu obligée de s'assurer que les règles garantissant l'égalité des candidats établies lors de la passation d'un contrat public ne seront pas contournées ultérieurement par une modification du contrat conclu.

¹⁰⁹⁹ MOIROUX Julien, « Nouvelle directive sur les contrats de concession : quels impacts potentiels ou avérés sur la loi Sapin ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 22, 2 Juin 2014, 2168

¹¹⁰⁰ NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853

Dans son article 10, elle cite les domaines exclus de son application. Entre ces domaines, figure celui de l'eau, pour « *la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable* », pour « *l'alimentation de ces réseaux en eau potable* », pour, sous condition, les « *projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage* » et pour « *l'évacuation ou le traitement des eaux usées* ». Parce que les concessions dans le secteur de l'eau seraient « *souvent soumises à des arrangements spécifiques et complexes qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union* » (consid. 40)... Reste qu'en l'état actuel du droit positif interne, les concessions dans le secteur de l'eau continuent de relever du droit des délégations de service public, voire de celui des concessions de travaux.

1203. Concernant la durée des concessions, la directive insiste sur la nécessité que la durée soit limitée. À cet égard, l'article 18 précise que : « *la durée des concessions est limitée. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en estime la durée sur la base des travaux ou des services demandés.*

Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques.

Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession.».

1204. Ensuite, dans son article 43, la directive évoque la possibilité de modifier la convention dans le sens d'une prolongation pour « *les travaux ou services supplémentaires réalisés par le concessionnaire initial qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans la concession initiale, lorsqu'un changement de concessionnaire* » s'avère « *impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que les exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations*

existants acquis dans le cadre de la concession initiale » et « *présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une multiplication substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice* ». Pareille rédaction pourrait conduire à réhabiliter la technique de l'adossement¹¹⁰¹ contre laquelle le véritable rempart nous semble relever du droit interne.

1205. Cependant, la question est de connaître l'impact que peut avoir cette directive sur le régime des délégations de service public et la possibilité de modification de la loi n° 93-122 surtout que le Sénat était, depuis l'annonce par la Commission européenne d'une initiative législative sur les concessions de services, contre « *tout projet de nature à remettre en cause l'équilibre de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* »¹¹⁰².

1206. La directive concessions prévoit que l'avis de concession doit indiquer obligatoirement un « *ordre de grandeur ou la valeur indicative et, si possible, la durée du contrat* »

Cette disposition remettrait en cause l'état actuel du droit français concernant la grandeur des investissements puisque la loi Sapin n'impose pas que l'avis d'appel public à la concurrence mentionne le montant des investissements.

1207. Cependant, concernant la durée, l'indication « *si possible* » de la directive éviterait une mise en question de la solution adoptée en droit interne étant donné que par une récente affaire, la cour administrative d'appel de Marseille¹¹⁰³ rappelle que la personne publique a effectivement la possibilité de n'indiquer que la durée potentielle d'une délégation de service public au regard de laquelle s'exerce la concurrence, « *à condition que ces possibilités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle empêcherait des*

¹¹⁰¹ HOEPFFNER Hélène, « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, Juin 2014, dossier 16, spec. pt 15

¹¹⁰² Rapport Sénat n° 96, *Résolution européenne sur les concessions de service public*, JO S, documents parlementaires, du 14 avril 2011

¹¹⁰³ UBAUD BERGERON Marion, Note sous CAA Marseille, 15 mars 2013, n° 10MA01965, *Société ADPRY*, « Délégation de service public : la personne publique peut indiquer une simple durée potentielle du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2013, comm. 172

entreprises de présenter utilement leurs offres ». dans le même sens, le Conseil d'Etat a déjà considéré que la durée d'une délégation de service public peut ne pas être fixée par la collectivité délégante dans les pièces de la procédure de passation mais peut continuer à être un des aspects sur lesquels portent la mise en concurrence et la négociation des offres, à la condition que la collectivité délégante apporte aux entreprises candidates « *une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres* »¹¹⁰⁴.

1208. De ce point de vue, la directive concessions semble être plus « libérale » que la jurisprudence administrative adoptée puisqu'elle ne fait pas de la durée, même estimative, une mention devant obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. Cette approche ne porte donc pas atteinte à la loi Sapin mais s'inscrit en même temps dans la ligne directive convenable à l'adoption d'une durée endogène. Mais cependant cette lueur d'optimisme va s'arrêter à ce stade.

1209. Ainsi, concernant la détermination de la durée, il s'avère de l'article 18 que la directive concessions ne s'éloigne pas de ce qui est prévu en droit national puisqu'il limite la durée d'une concession en tenant compte de la nature des prestations fournies et, pour les concessions d'une durée supérieure à 5 ans, de l'importance des investissements effectués par le concessionnaire « *pour l'exploitation des ouvrages ou services* » afin de lui assurer « *un retour sur les capitaux investis compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* ».

Sur ce point aussi, la directive concession ne devrait pas conduire à une remise en question du droit positif français mais n'encourage pas le passage vers une durée endogène.

1210. Finalement, concernant l'impact de la nouvelle directive sur la récente jurisprudence du Conseil d'Etat qui distingue clairement la durée des délégations de service public de la durée d'amortissement des ouvrages réalisés par le délégataire¹¹⁰⁵, ici

¹¹⁰⁴ ECKERT Gabriel, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, «La mise en concurrence peut porter sur la durée de la délégation de service public», *Contrats et Marchés publics* n° 2, février 2009, comm. 58, p. 31

¹¹⁰⁵ VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Société Veolia eau*, « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements

encore, la directive concessions ne semble pas devoir remettre en cause le droit français.

1211. En effet, dans l'arrêt *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, le Conseil d'Etat a considéré que les dispositions de la loi Sapin n'interdisent pas, par principe, que la durée d'une délégation de service public 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.

Sur ce point la directive concessions ne comporte aucune disposition de nature à remettre en question les jurisprudences nationales précitées.

1212. Ainsi, concernant la durée des DSP, rien n'exige que le législateur français soit conduit à modifier la loi Sapin. Il est cependant certain qu'à l'expiration du délai de transposition de la directive concessions, le juge français sera tenu de donner une interprétation de la loi Sapin conforme aux dispositions précitées de la directive concessions.

Paragraphe 2 : La mise en place d'un système de contrôle adéquat

1213. Le choix de recours à la délégation de service public apparaît aux collectivités comme le plus efficace et le plus simple, dans la mesure où il semble les libérer d'une lourde tâche qui leur incombe en cas de gestion directe. Elles ont, cependant, une tendance à oublier la contrepartie de la délégation qui consiste à contrôler l'activité du délégataire. Dans ce sens un rappel au délégant de son obligation serait exigeant à travers la consolidation des moyens et des modalités du contrôle (A)

1214. Certes, les modalités de contrôle telles qu'elles sont présentes aujourd'hui ne sont pas suffisantes pour préserver le service public. Cependant, au Liban, les obligations de modernisation du contrôle seront plus exigeantes en raison du manque d'un système complet régissant les DSP et la soumission de ce domaine à un régime chaotique. Dans ce sens, une systématisation d'un nouveau régime régissant les DSP au

réalisés », *JCP A*, n° 50, 17 décembre 2012, 2388, p. 14

Liban (B) devrait être immédiatement mise en œuvre.

A- La consolidation des moyens et des modalités du contrôle

1215. La personne publique connaît diverses possibilités de contrôle des délégations en cours. Cependant ces modalités de contrôle nécessitent une mise à jour dans le sens d'une consolidation d'autant plus que la théorie de durée endogène devrait être un jour mise en œuvre. Dans ce sens il serait exigeant de prendre en compte les observations opérantes des juridictions financières sur les lacunes en matière de contrôle (1), pour mettre en place des nouvelles techniques de contrôle (2)

1- Les observations opérantes des juridictions financières

1216. A partir de la décentralisation, le législateur a porté toute attention non pas à accroître les compétences du juge financier, mais à lui donner le cadre et les moyens lui permettant de renforcer son contrôle sur les activités des collectivités locales ¹¹⁰⁶. L'élargissement de ses moyens d'investigation dans le domaine des DSP, a permis la mise en place d'un nouveau type de contrôle de gestion et à ouvrir ainsi largement le champ d'intervention du contrôle financier.

1217. La lecture des rapports rendus par la Cour des comptes ainsi que par les chambres régionales permet d'en dégager les lacunes existantes en matière de contrôle des DSP et ouvre la voie de ce fait à amplifier la performance des techniques de contrôle existantes et de mettre en place de nouvelles techniques qui se conforment surtout avec l'adoption de la théorie de durée variable.

1218. D'abord, concernant la phase de la passation des conventions de DSP, les chambres régionales rappellent souvent l'impérativité¹¹⁰⁷ de l'obligation de consultation de l'avis de la commission consultative des services publics locaux, conformément aux termes de l'article L. 1413-1 du CGCT avant toute décision de recours à la gestion déléguée d'un service public.

¹¹⁰⁶ MOTTES Jean-Emile, « Le contrôle financier des délégations », *AJDA* 20 septembre 1996, p. 661

¹¹⁰⁷ FLEURY Benoit, « Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 9, 25 Février 2013, 2056, p. 36, spec. p. 38

1219. Dans le même cadre, en examinant l'avis d'appel public à la concurrence, la chambre veille à ce qu'il précise justement les modalités de présentation des offres et les caractéristiques essentielles de la convention envisagée¹¹⁰⁸, et à ce que les critères de sélection soient communiqués¹¹⁰⁹. Les chambres pointent notamment sur le fait que les informations transmises aux candidats doivent être suffisamment détaillées pour ne pas avantager le délégataire « *sortant* »¹¹¹⁰ et sur l'importance de ne pas introduire des nouveaux critères au cours de la procédure¹¹¹¹.

1220. Quant à la durée de la délégation, le juge financier vérifie la corrélation entre la durée et le montant des investissements imposés au délégataire. Il s'intéresse à la question de la durée que celle-ci soit initiale ou même prolongée étant donné que les avenants font également l'objet de toutes les attentions des magistrats financiers, au même titre que la convention première¹¹¹². En matière de prolongation, les chambres seront d'abord, d'autant plus attentives à cet aspect que les investissements ont déjà été amortis¹¹¹³. Ensuite, elles veillent à examiner minutieusement les prolongations successives des contrats. Dans cette optique, le juge financier considère que la nécessité de tenir compte du calendrier électoral ou des délais de passation d'une délégation ne constitue pas un motif d'intérêt général propre à justifier une prolongation du contrat¹¹¹⁴. Enfin, il exige que les investissements suscitant une prolongation soient convaincants¹¹¹⁵.

1221. Sur ce même point, les rapports des chambres régionales montrent la présence d'un grand nombre d'irrégularités au niveau de la passation des avenants de prolongation comme le cas de recours de l'autorité délégante à l'exécution d'un avenant à la convention de délégation avant même sa transmission au contrôle de légalité¹¹¹⁶.

1222. Concernant le rapport annuel, ce contrôle des comptes du délégataire a été

¹¹⁰⁸ CRC Basse-Normandie, *Commune de Saint-Pair-sur-Mer*, ROD, avril 2011, p. 27

¹¹⁰⁹ CRC Nord-Pas-de-Calais, *Communauté de Communes de l'Hesdinois*, avis n° 2010-0209, 5 octobre 2010, p. 5

¹¹¹⁰ CRC Pays-de-la-Loire, *Commune de Pornichet*, ROD, janvier 2012, p. 17.

¹¹¹¹ CRC Languedoc-Roussillon, *Ville de Narbonne*, ROD, janvier 2011, p. 31

¹¹¹² CRC Languedoc-Roussillon, *Communauté d'agglomération de Montpellier*, ROD, juillet 2011, p. 30

¹¹¹³ CRC Bretagne, *Commune de Rennes*, ROD, mars 2011, p. 10

¹¹¹⁴ CRC Languedoc-Roussillon, *Ville de Narbonne*, ROD, janvier 2011, p. 33

¹¹¹⁵ CRC Languedoc-Roussillon, *Commune de Canet-en-Roussillon*, ROD, janvier 2011, p. 9-10.

¹¹¹⁶ FLEURY Benoît, « Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », art. prec., spec. p. 38

défini par l'article 3-II de la loi n° 95-72 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et aux délégations de services publics*¹¹¹⁷ en vertu duquel législateur a imposé aux délégataires de produire annuellement des comptes d'exploitation et de résultat de façon à permettre à la personne publique de conserver la maîtrise de la délégation. En vertu de l'article L.1411-3 du code général des collectivités territoriales, le délégataire est obligé de rendre ce rapport à l'autorité délégante avant le 1^{er} juin. Il comporte notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. Il est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. Les états comptables à produire se rapportent au dernier exercice clos à la date du 1^{er} juin. Il en est de même des éléments portant sur la qualité du service et des informations permettant d'apprécier les conditions d'exécution de celui-ci¹¹¹⁸. Ce contrôle permet donc à l'assemblée délibérante de faire un point sur les conditions de l'exploitation et d'éviter ainsi les dérives qui se répercutent sur la tarification des services fournis par le délégataire¹¹¹⁹.

1223. D'ailleurs, aux termes du second alinéa ajouté à l'article L.211-8 du code de juridictions financières par le II de l'article 3 de la loi du 8 février 1995, la chambre régionale: « *peut également, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes* ». dans ce cadre, et malgré la clarté du code général des collectivités territoriales sur l'obligation de le rendre et sur son contenu, les chambres régionales des comptes relèvent souvent le retard ou même l'absence de la transmission du rapport¹¹²⁰, ainsi que la mauvaise qualité des rapports qu'elles relèvent soit en des termes généraux en révoquant par exemple les « *erreurs et l'opacité en matière financière et technique* »¹¹²¹, soit en précisant expressément les carences qui empêchent un véritable

¹¹¹⁷ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2186

¹¹¹⁸ DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, op. cit., p. 349

¹¹¹⁹ BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public : notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, op. cit., p. 197

¹¹²⁰ CRC Languedoc-Roussillon, *Commune du Grau-du-Roi*, ROD, janvier 2012, p. 32

¹¹²¹ CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, *Commune d'Arles*, ROD, octobre 2012, p. 21

contrôle de l'exécution du service. Ces carences peuvent porter notamment sur l'incapacité du délégant de connaître les charges directes et indirectes de son délégataire, ses charges de structure ou autres frais de personnel¹¹²². Au-delà de ces aspects, le rapport doit permettre d'assurer la qualité du service et son amélioration éventuelle. Toutefois, Dans son rapport public annuel de 2011¹¹²³, la Cour des comptes a consacré une section au service public de l'eau, en comparant la situation actuelle avec celle décrite dans son rapport de 2003 sur le service public de l'eau. La cour finit par dire que les rapports annuels des délégataires demeurent lacunaires, ce qui empêche la comparaison entre les résultats réels et prévisionnels.

1224. L'une des insuffisances en matière de contrôle concerne le manque d'information sur l'actif patrimonial géré par le délégataire. Les chambres régionales continuent à évoquer l'impossibilité pour le délégant de produire, pour les équipements concédés, les inventaires et les états des lieux normalement établis lors de la signature des contrats; cette situation est d'autant plus dommageable que la délégation est consentie pour une longue durée¹¹²⁴. Or l'importance de ces inventaires tient à ce qu'ils permettent de vérifier la réalité des travaux de renouvellement et d'investissement mentionnés dans les comptes du délégataire, et permettent aussi d'avoir une idée claire et continue de l'actif concerné en prévision de l'issue du contrat¹¹²⁵.

1225. De même, la méconnaissance de l'actif patrimonial résulte également du caractère bref des rapports de certains délégataires. Il arrive qu'aucune information ne soit communiquée, ni sur la nature des immobilisations concédées et leurs modalités de financement, ni sur leurs variations (entrées/sorties), ni sur le suivi du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué¹¹²⁶. Pour mettre fin à cette pratique la Cour des comptes insista sur les dispositions de l'article R.1411-7 du CGCT qui exigent que le rapport du délégataire comprenne un inventaire

¹¹²² FLEURY Benoît, « Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », art. préc., spec. p. 40

¹¹²³ Cour des comptes, *Les services publics d'eau et d'assainissement : des évolutions encourageantes*, Rapport public annuel 2011, éditions du JO.

¹¹²⁴ CRC Île-de-France, *Commune de Clichy-la-Garenne*, ROD, juillet 2010, p. 40.

¹¹²⁵ FLEURY Benoît, « Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », art. préc., spec. p. 41

¹¹²⁶ CRC Rhône-Alpes, *Commune de Villard-de-Lans*, ROD, juin 2010, p. 17

des biens désignés au contrat comme des biens de retour ou de reprise, autrement les collectivités seront soumises à « *d'importants risques contentieux et financiers au terme de la délégation* ».

1226. Finalement, en matière de la fixation et de la révision des tarifs, les recommandations de la Cour des comptes montrent que la question de l'augmentation continue est assez grave et persistante, d'où la nécessité de mettre en place le plus vite possible la théorie de la durée endogène pour assurer une certaine stabilité aux prix. Ainsi, dans son rapport annuel du 23 juillet 2013, la Cour cherche à faire évoluer le contrôle de l'Etat sur les sociétés concessionnaires à travers : la formalisation de la méthodologie des contrôles sur l'état du patrimoine ; le recours plus important à des contre-expertises ; le renforcement des indicateurs de performance, sanctionnés par des pénalités financières en cas non respect ; et le durcissement des mécanismes de récupération financière, en cas de décalage des opérations dans le temps¹¹²⁷. De même, l'État continue à agir dans le sens de mettre en œuvre les recommandations issues des rapports précédents de la Cour des comptes et protéger les intérêts de l'État et des usagers en contrôlant de manière plus systématique les grilles tarifaires et en limitant au maximum les hausses tarifaires qui sont prévues dans les contrats de concession et les contrats de plan ; en demandant aux sociétés concessionnaires de documenter finement toutes les opérations d'investissement donnant lieu à compensation tarifaire et en prévoyant une récupération de la contrepartie financière en cas de retard des travaux¹¹²⁸.

2- L'évolution des nouvelles techniques de contrôle

1227. Il ne s'agit pas exclusivement de mettre en place des techniques de contrôle qui n'existaient pas auparavant mais aussi d'évoluer et d'élargir certains types de contrôle déjà connus.

1228. D'abord il serait extrêmement important de répandre la pratique du contrôle du directeur départemental des finances publiques à toute sorte de délégation et non uniquement à celle qui s'inscrit dans le cadre de la loi Barnier. De même, ce

¹¹²⁷ RM, Question parlementaire, n° 54421, *JOAN Q*, 24 juin 2014, p. 5299

¹¹²⁸ RM, Question parlementaire n° 37116, *JO AN*, 15 octobre 2013, p. 10909

contrôle serait exigé quelle que soit la durée proposée initialement et non seulement celle qui dépasse un certain plafond. La raison en est simple, car comme on l'a déjà vu en matière de l'eau, la consultation de cet organe n'est imposée que si la délégation dépasse la durée maximale de 20 ans or aujourd'hui, rares sont les conventions conclues pour une telle durée ce qui rend ce type de contrôle presque inexistant malgré la persistance des situations de corruption. En fait, la durée maximale réelle est désormais de 12 ans voire 8 ans mais en raison de l'échec de l'adoption du projet de loi de 2001 cette durée reste textuellement de 20 ans. Ce qui fait que toute délégation dépassant 12 ans représente probablement une durée excessive générant une situation de corruption mais sur laquelle le directeur départementale ne pourrait pas exercer son contrôle. D'où l'inefficacité de prescrire une durée au-delà de laquelle la consultation serait imposée. Dans la même ligne de pensée, la consultation de cet organe doit intervenir à chaque prolongation bien qu'en adoptant la théorie de durée variable l'hypothèse de prolongation serait extrêmement réduite.

1229. De même, une évolution doit atteindre la valeur juridique du rapport rendu par le directeur départemental des finances publiques. Cet avis préalable ne doit plus être obligatoire mais conforme pour qu'il puisse combler les lacunes procédurales soulevées par les chambres régionales et renforcer la sécurité juridique du contrat au bénéfice de la personne publique¹¹²⁹. Dans ce cadre il faut aussi élargir son rôle et renforcer sa collaboration avec la personne publique. Cette mission d'expertise préalable doit être confirmée en matière d'évaluation de la durée contractuelle afin que cet organisme joue pleinement son rôle de conseil auprès de la collectivité.

1230. Concernant l'évolution du contrôle des collectivités publiques délégantes, et conformément aux principes de la liberté contractuelle et du contrôle continu qu'elles doivent exercer sur leurs contractants, elles pourraient exiger la production de comptes-rendus semestriels, voire mensuels si la nature de la prestation fournie le justifie. Ces autorités pourront prévoir dans le contrat lui-même la possibilité d'effectuer des contrôles sur les documents rendus par le délégataire sur place et sur pièces dans les bureaux du

¹¹²⁹ VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, op. cit., p. 208

délégataire¹¹³⁰.

1231. Dans une même ligne de pensée, il faut prévoir la possibilité du délégant de lancer une procédure d'audit, avec obligation pour le délégataire de fournir tous les documents et informations requis dans le respect des droits des tiers¹¹³¹. L'autorité délégante pourra bien recourir utilement à un auditeur externe¹¹³². Elle devra de même se doter d'outils statistiques, type tableau de bord, détaillés par nature de bien et par matériel afin d'ajuster au mieux les dotations pour renouvellement¹¹³³ et à effectuer des contrôles sur place si la nature du service délégué le justifie. Cependant à côté du contrôle et du suivi de l'amortissement des installations, l'Administration est invitée à contrôler la qualité du service. Pour le faire, elle doit mettre en place des indices de qualité (temps de réponse de l'opérateur, délais de réparation d'une ligne ou d'obtention d'une nouvelle, etc.) et des incitations correspondantes pour l'opérateur¹¹³⁴.

1232. Concernant le contrôle du rapport annuel, il a été souvent évoqué qu'en raison des carences du contrôle contractuel des personnes publiques, le contractant recourt à toute technique possible pour occulter les stratégies de rentabilité appliquées sur le patrimoine. Dans ce cadre, on marque le réinvestissement de la capacité d'autofinancement ou la technique de lissage de compte qui sont des manifestations de l'absence de rationalisation de la rémunération du contractant. Dans ce cadre, il serait nécessaire d'exiger la rédaction d'un rapport très détaillé et d'y ajouter des nouvelles données à révéler créant ainsi à la personne publique des nouveaux champs de contrôle. Le rapport doit aussi permettre d'assurer la qualité du service et son amélioration éventuelle et il est d'autant plus indispensable que les entreprises délégataires sont peu nombreuses et très puissantes.

¹¹³⁰ BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public : notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, op. cit., p. 199

¹¹³¹ LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Institut de la gestion déléguée, La Documentation française, Paris, 1999

¹¹³² CRC Rhône-Alpes, *Syndicat des transports de l'agglomération lyonnaise (SYTRAL)*, ROD, mai 2011, p. 35-36.

¹¹³³ CRC Champagne-Ardenne, *Conseil Général de la Marne*, ROD, novembre 2011, point 5.3

¹¹³⁴ TIROLE Jean, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, n° 51, 1999, p.79, spec. p. 82

1233. Concernant le rôle de la Cour des comptes et des chambres régionales, il serait mieux que la Cour soit convoquée périodiquement à intervenir dans des enquêtes thématiques nationales consacrées à des secteurs précis délégués.

1234. Concernant les usagers, la consécration ultime de la transparence exige que ceux-ci soient informés de tout document rendu par le délégataire surtout les documents comptables et financiers ainsi que les avenants, en leur donnant la possibilité de saisir les tribunaux administratifs à la constatation de toute illégalité. Cependant pour ne pas encombrer les tribunaux par des requêtes non-fondées il serait opportun de créer un organisme dont la mission serait de filtrer ces requêtes et de transmettre ceux qui sont véridiques aux tribunaux.

1235. Quant au rôle du juge administratif, il serait efficient de l'élargir afin de trouver un juste équilibre entre les nécessités de la vie pratique et commerciale, l'évolution du service public et les exigences du droit de la commande publique. Ainsi, une modification du système de contrôle juridictionnel doit être mise en place d'autant plus que le contrôle du juge administratif est un contrôle à posteriori par rapport aux prolongations de la durée contractuelle¹¹³⁵. N'intervenant qu'à la suite d'une saisine après l'entrée en vigueur de la prolongation, ce contrôle s'est avéré insuffisant à l'encadrement de l'exécution du contrat. La possibilité des tiers à saisir le juge s'inscrit également dans cette stratégie de réforme.

1236. Concernant la commission consultative des services publics locaux qui a été instaurée par l'article 5-I et 23-II de la loi du 27 février 2002 n° 2002-276, celle-ci est saisie préalablement à la délibération du conseil municipal décidant du choix du mode de gestion du service public pour rendre une consultation sur ce sujet. Il serait opportun d'élargir le rôle de ces commissions ainsi de leur permettre d'étudier et de proposer en fonction des besoins du service une durée fourchette pour les conventions de DSP en question. En effet, le projet de loi non adopté sur la politique de l'eau avait prévu¹¹³⁶

¹¹³⁵ HOEPFFNER Hélène, Note sous CE, avis du 19 avril 2005, n° 371234, « le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégations de services publics », *Contrats et Marchés publics*, n° 12, décembre 2006, Etude 19, p. 6

¹¹³⁶ Projet de Loi n° 3205, portant réforme de la politique de l'eau, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2001, *JO AN*, documents parlementaires, juin 2001

donner plus de compétence aux commissions consultatives des services publics locaux en soumettant à leur avis préalable les projets de règlement de service, les tarifs des services de distribution d'eau, d'assainissement collectif et du contrôle de l'assainissement non collectif, ainsi que les rapports annuels sur le prix et la qualité des services de l'eau et de l'assainissement avant présentation aux assemblées délibérantes.

1237. En outre, toujours concernant la réforme en matière de contrôle, une importance requiert l'idée de redresser des nouveaux cahiers des charges types non obligatoires et les réviser périodiquement. En effet, le rapport d'information *sur le financement et la gestion de l'eau* considère que la suppression de ces cahiers qui étaient obligatoires avant les lois de décentralisation, a permis au délégataire d'imposer ses propres conditions par un contrat type qu'il prépare, et que la collectivité n'a qu'approuver. Le rapport propose donc de mettre à la disposition des collectivités des récents cahiers des charges types à caractère indicatif qui les guident dans leurs négociations¹¹³⁷.

1238. De même, il serait probablement bien accueilli l'idée de négocier l'introduction des nouveaux indicateurs de performance, associés à des pénalités, qui garantissent le maintien d'un niveau de service de qualité dans les services délégués.

B- La systématisation d'un nouveau régime régissant les DSP au Liban

1239. Le vrai problème au Liban, c'est l'obscurité des règles régissant les conventions de délégation de service public que se soit au niveau de leur passation, de leur exécution ou au niveau du contrôle qu'exercent la personne publique délégante et les juridictions sur eux. Ce manque de législations spéciales face au recours agrandissant à ces contrats exige qu'une solution intégrale soit immédiatement mise en place.

1240. Tout d'abord il n'est plus acceptable ni logique, sous aucune condition, de continuer à faire passer des conventions de délégations de service public de gré à gré. La

¹¹³⁷ Rapport d'information n° 3081, présenté par M. Yves TAVERNIER au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 22 mai 2001.

mise en concurrence et la périodicité des contrats sont désormais devenues des principes essentiels et indispensables pour garantir d'une part l'égalité de chances à tout délégataire potentiel et d'autre part pour garantir la présentation du plus grand nombre d'offres et d'en choisir par la suite la meilleure.

1241. Dans une étape préliminaire, il serait exigeant de voter une loi complète sur les DSP et de ne plus recourir exclusivement aux principes généraux des contrats administratifs pour y trouver des solutions momentanées à des questions en cours. Il faut admettre que chaque type de contrat public comporte des spécificités qui le différencient des autres. Et s'il est encouragé, le recours de la jurisprudence libanaise à l'évolution jurisprudentielle française pour suivre l'actualité dans ce domaine et l'appliquer à la situation en cause, il serait cependant anormal de ne pas avoir une législation propre au régime libanais. Cette législation aura pour objectif de limiter la liberté excessive de l'Administration qui a eu souvent des impacts néfastes aux intérêts du service. La liberté de l'Administration demeure incarnée dans le choix du mode de la gestion. L'on ne peut évidemment imaginer que l'on lui impose un mode de gestion. Mais une fois ce mode est choisi, l'Administration doit se soumettre automatiquement à des règles de jeu bien strictes. Ce n'est pas dans la clause de la durée que l'Administration va prouver qu'elle est libre !

1242. Cette législation organisera d'abord, la mise en œuvre de l'appel public à la concurrence. Ce document comprendra expressément la durée de la délégation dans le seul cas où celle-ci représente pour la personne publique un critère déjà fixé de la délégation, autrement cette durée pourra être mise à la connaissance des candidats dans des phases ultérieures tant qu'elle ne les induit pas d'une incertitude qui les empêcherait de présenter utilement leurs offres. Ainsi, L'obligation de stipuler la durée d'application de la convention de délégation de service public n'implique pas que celle-ci doit être définie dans l'avis d'appel public à la concurrence¹¹³⁸ ou le dossier de consultation¹¹³⁹. Cependant, au cas où cette durée constitue un élément d'appréciation des offres ou même un élément déterminant de la délégation, ouvert à la concurrence et à la négociation, l'avis

¹¹³⁸ TA Versailles, 6 janvier 2000, *préfet Essonne c/ commune Vigneux-sur-Seine*, BJCP 2000, p. 216

¹¹³⁹ CE, 25 juillet 2001, n° 231319, *Syndicat des eaux de l'Iffernet*, BJCP 2001, p. 530

d'appel public à la concurrence ne peut se contenter de mentionner que la durée de la délégation de service public sera liée à la nature des investissements pris en charge par le délégataire si celui-ci n'a pas l'obligation de réaliser de tels investissements¹¹⁴⁰. À rappeler qu'il s'agit dans tous ces cas de la durée maximale variable.

1243. Ensuite, la loi devrait stipuler la fondation d'une commission consultative dont la mission est de donner son avis avant la passation des contrats sur l'opportunité et la nécessité d'un tel recours et le meilleur choix entre les modes de gestion proposés. Cet avis aidera l'Administration à mieux choisir le mode de gestion et les critères selon lesquelles elle est supposée choisir son cocontractant.

1244. Cependant, étant donné que l'Administration libanaise ne constitue pas en réalité une partie libre des considérations politiques et de l'influence des politiciens, et pour mettre fin au souci de corruption et d'accord caché entre délégant et délégataire, une troisième partie devrait être créée dans la relation contractuelle pour être responsable de la surveillance et du contrôle de la passation ainsi que de l'exécution des contrats. Pour l'éloigner du marché politique cette autorité ne devrait pas être soumise à son tour au contrôle politique. Ainsi, L'apport principal de la loi serait dans l'instauration d'une autorité administrative indépendante responsable du contrôle et du suivi de l'exécution des conventions de DSP. Les pouvoirs de cette autorité ne s'arrêteront pas au contrôle des délégations mais celle-ci aura droit à saisir le Conseil d'Etat à la constatation de tout abus ou consensus suspect entre l'Administration et son délégataire. De même, pour renforcer la transparence, il faut donner la possibilité à tout intéressé de saisir cette autorité pour entamer une investigation sur une délégation déterminée. À leur tour, les décisions de cette AAI pourront être reportées devant le Conseil d'Etat, dernier refuge pour la protection des services publics.

1245. Concernant la formation de cette AAI, et dans le but d'acquérir un haut niveau de professionnalisme et de crédibilité, cette autorité doit être formée d'un certains nombres d'expert économiques, financiers et juristes et présidé par un juge conformément au rôle disciplinaire et aux pouvoirs de sanctions administratives dont elle

¹¹⁴⁰ CE, 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodin*, *Rec.* 2008, tables, p. 805

est dotée. Quant à la nomination de ses membres, on ne pourrait échapper à une intervention politique pour accomplir cette mission. Cependant, on pourrait dresser une liste de critères qui doivent être remplis dans les personnes choisies. En ce sens, le choix des membres doit se baser sur des stricts critères scientifiques incontournables. Néanmoins, Le choix serait soumis au contrôle du Conseil d'Etat. Il revient, finalement, à la commission elle-même de bâtir et renforcer la confiance qu'ont les administrés en elle et ceci à travers les décisions qu'elle prend, la transparence avec laquelle elle accomplit ses missions ainsi que sa dépendance de l'autorité politique qui l'a nommée.

1246. Cette loi serait applicable à toutes des DSP en cours et à venir. Cependant, elle devrait notamment être munie d'une phase de transition avant de s'appliquer aux délégations en cours. En effet, l'application de la loi sur les délégations en vigueur permettrait de résoudre le problème des délégations de longue durée et des délégations qui se sont prolongées sous des conditions et des raisons suspectes. Ainsi, les soumettre à la loi signifie la possibilité de l'AAI créée de revoir les conditions dans lesquelles ces délégations ont été octroyées, examiner leurs rapports de comptes, et finalement pouvoir leur mettre un terme même avant l'arrivée de leur terme fixé dans le contrat s'il apparaît que ces délégations ont encaissé des gains surréels et ont déjà amortis les installations implantées par les délégataires. Cependant, qui pourra préciser le taux au-delà duquel ce délégataire aura réalisé des gains excessifs ? Il revient à l'autorité administrative indépendante de le préciser en contrôlant chaque délégation à part. Cette tâche peut paraître complexe surtout avec le grand nombre de DSP présents surtout en France ce qui rendra l'activité de l'AAI inefficace. Pourtant, cette difficulté pourra être comblée par l'augmentation du nombre des experts au sein de l'AAI ce qui permettra de rendre des décisions les plus précises possible dans le délai le plus court. Une autre solution pourra être innovée pour répondre à la spécificité des DSP françaises et leur grand nombre. Cette solution se matérialise par la création de cette autorité au niveau des régions. L'avantage est que l'on ne craint pas de lui reprocher le fait de rendre deux décisions différentes pour des cas similaires étant donné que l'on n'aurait jamais une situation identique entre deux délégations puisqu'il y aurait toujours une différence au niveau de la fréquentation du service suivant les régions et le nombre des usagers se servant dudit service.

1247. Certes, la création d'une AAI arrachant certains droit et devoirs relevant principalement de l'autorité publique constitue une modification fondamentale dans le système des DSP et une déviation de l'ancien régime. Mais pourtant, tant qu'on appartient à un domaine qui change et s'évolue alors pourquoi s'attacher à des anciennes pratiques qui sont avérées stériles et ne prévalant pas le service public et ne mettant pas fin à la corruption envahissant les relations contractuelles.

1248. Il serait aussi important que cette loi puisse requalifier les contrats existant surtout les contrats de BOT pour mettre fin à ce dilemme stérile et déterminer par ce fait le champ d'application de la loi. Cette mission sera l'œuvre du Conseil d'Etat dans les cas qui lui seront présentés.

1249. En plus, la loi devrait stipuler que son application aux services publics en vigueur ne donne droit à aucune réclamation d'indemnité sous n'importe quelle condition. Dans cette mesure le législateur libanais codifiera la solution dégagée par la Cour administrative d'Appel de Nancy dans son arrêt du 17 janvier 2013, *Société Vivendi*¹¹⁴¹, dans laquelle la cour a considéré que le motif même de la résiliation de la convention ferait obstacle à ce que le délégataire, soit indemnisé du préjudice résultant du manque à gagner pour la période postérieure à la résiliation¹¹⁴² étant donné que cette durée avait été jugée excessive. En transposant cette décision aux conventions de DSP en vigueur au Liban, le législateur barra la voie à l'Administration de s'accorder avec ses délégataires en cours pour les indemniser en raison de la résiliation des délégations en vigueur et qui existaient depuis des décennies tant que ces délégations leur ont permis d'encaisser des gains sans justifications valables. La loi doit prévoir également, que la caducité du contrat à l'arrivée du terme serait automatique sans aucune intervention préalable.

1250. Cependant concernant les conditions de prolongations, à l'instar du droit français, les théories d'imprévision ne doivent plus constituer une raison de prolongation. Ainsi il faut mettre un terme à toutes ces justifications de forces majeures pour demander

¹¹⁴¹ ECKERT Gabriel, Note CAA Nancy, 17 janvier 2013, n° 11NC00809, *Société Vivendi*, « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2013, comm. 83

¹¹⁴² ECKERT Gabriel, « Contenu du contrat », *Juris-Classeur Contrats et Marchés publics*, fascicule 410, II-A-2, pt 27 (mis à jour 30 juin 2014)

une prolongation. Les conditions de prolongation doivent être strictement limitées et liées aux nouveaux investissements. Elle ne doit pas être accordée afin de rééquilibrer une exploitation déficitaire, à moins de faire partie d'une modification globale de l'économie contractuelle¹¹⁴³. Il devait ainsi être illégal tout allongement de durée destinée à compenser un déficit d'exploitation dû à une « *mauvaise gestion financière générale* »¹¹⁴⁴.

1251. Par ailleurs, la technique de consultation du trésorier payeur général doit être transportée au Liban dans son sens général. Ainsi, elle serait appliquée à tous les contrats de DSP et pour n'importe quelle durée choisie. L'avis rendu serait également mis à la connaissance de l'AAI qui aura le droit de saisir le Conseil d'Etat pour annuler toute décision de l'autorité délégante ne respectant pas le contenu de l'avis.

1252. En outre, il serait peut être opportun, à l'instar de la circulaire ministérielle de 1987 qui proposait des durées indicatives pour un grand nombre de DSP dont il est possible de s'inspirer, de confier cette mission à l'AAI qui émettra un document officiel proposant à titre indicatif les durées des DSP dans tous les domaines. Cette tâche devrait être exercée d'une façon annuelle ou périodique en se basant sur des études et des recherches continues pour suivre l'évolution et les besoins des services publics.

1253. Cependant, concernant le plafond législatif, le président Joseph CHAOUL¹¹⁴⁵ suggère que cette loi exige, quand même, la fixation d'une durée maximale applicable à l'ensemble des DSP mais qu'elle laisse le soin de choisir ce plafond ainsi que sa révision constante à un décret pris en conseil des ministres sur proposition liante de l'AAI créée qui veillera à choisir une durée reflétant l'actualité et les besoins des services publics. Dans ce sens, il s'agit d'adopter pour tout contrat une durée variable liée aux résultats d'exploitation à condition qu'elle ne dépasse pas un seuil bien déterminé au préalable par la loi. Ce plafond jouera le rôle d'un contrôle supplémentaire exercé sur l'activité de l'Administration qui bridera toute intention frauduleuse de sa part. Ainsi, la durée maximale serait d'une part, fixée à titre initial et non définitif ou figé dans le temps,

¹¹⁴³ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Thèse, Paris II, 2005, LGDJ, Paris, 2007, p. 719

¹¹⁴⁴ TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmoend c/ commission*, aff. T-157/01

¹¹⁴⁵ CHAOUL Joseph, avis sur une résolution du problème des DSP au Liban, entretien du 5 août 2014.

et d'autre part, sa révision ne serait plus compliquée et risquée puisqu'elle nécessite uniquement un décret et non une loi, et finalement, la proposition liante de l'AAI assure la crédibilité demandée pour justifier la modification.

1254. Connaissant, la réalité de la situation libanaise cette solution pourrait être la plus adaptée et la plus réalisable au moment actuel. Il s'agirait de réaliser un avancement juridique étape par étape. D'ailleurs, si l'objectif derrière la définition d'une durée plafond serait de généraliser le régime des limitations légales qui sont prévues pour certains types de contrats, la fixation du plafond dans ce contexte proposé, ne remplirait évidemment pas cet objectif. De même, il serait inévitable de se demander de l'effet du changement continu de ce plafond sur les contrats en cours. Il arriverait que la durée de certains contrats en cours ne soit plus conforme à la durée plafond fixée par la loi.

1255. À notre avis, l'exemple de la France avec les durées maximales instaurées dans les lois n'était pas encourageant en raison notamment de la nécessité de révision périodique de ce plafond pour l'adapter avec l'actualité du terrain. Dans ce sens il serait préférable que la loi cadre libanaise ne contienne pas une durée maximale même si cette dernière est bien choisie et reflète la situation réelle des DSP, puisqu'elle ne le sera pas pour toujours ni sur l'ensemble du territoire libanais ni pour tout type de délégation au même moment, et surtout que même l'approbation d'un décret au Liban nécessiterait une ambiance consensuelle et une entente politique qui n'est pas toujours facile à trouver. Or pourquoi s'encombrer par cette durée maximale d'autant plus que la durée des contrats serait une durée variable donc d'une certaine façon cette durée maximale n'aura pas de sens même dans le contrat lui-même. De ce fait, il serait préférable que la détermination de la durée déterminée soit réservée aux contrats et non à la loi générale.

Conclusion du Chapitre II

1256. « *La durée est une composante essentielle de la structure contractuelle, et un fort élément d'incitation à l'amélioration des performances* »¹¹⁴⁶

1257. Étant donné que cette clause est responsable de l'équilibre global de la convention de délégation de service public, il ne suffit point qu'elle se satisfasse de jouer ce rôle au moment de la conclusion du contrat. Il importe bien de se rappeler qu'elle est censée remplir ce rôle tout le long de l'exécution du contrat.

1258. Elle devrait constituer la clause la plus flexible dans le contrat et dont la modification est la plus sécurisée. Elle concrétise, en effet, un compromis entre le délégataire intéressé à réaliser un profit pour le plus long délai possible, une personne publique délégante intéressée à assurer la gestion de son service public en garantissant sa récupération en bon état dans le plus court délai possible et entre finalement l'utilisateur intéressé à ce que le service qui lui est rendu soit de bonne qualité et à un bon prix.

1259. En revanche, personne ne nie la difficulté d'introduire cette nouvelle conception de durée variable dans un régime qui est resté pendant des décennies fidèle à la conception classique selon laquelle la fixation de la durée garantirait la concurrence et la transparence. Cependant, au moment où on admet, à pleine voix, la carence et l'insuffisance des textes en vigueur à réaliser les objectifs pour lesquels ils ont été adoptés, il ne faut jamais avoir de doute quand à la nécessité du changement. Rien n'est sacré, tout est sujet à mutation. La seule certitude invariable en cette matière est la préservation du service public et la maximisation de sa productivité. Dans cet objectif, toute modification allant dans ce sens, serait la bien venue. La variabilité de la durée en est certainement une.

¹¹⁴⁶ COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, op. cit., p. 709

Conclusion du titre II

1260. Au lieu que l'échec de la stratégie de la fixation de la durée maximale stimule le législateur à chercher la solution ailleurs l'idée du plafond et s'intéresser par exemple aux facteurs et indices responsables de la détermination de la durée contractuelle et aux modalités permettant à la personne publique d'assurer le suivi de l'exécution de la délégation, le législateur a insisté de rester là-dessus et de tenter encore une fois sa chance mais cette fois-ci en ouvrant le plafond comme si le problème de la lutte contre la corruption et la bonne gestion du service public ne se rapportait qu'à la question de la durée maximale.

1261. En effet, toute délégation doit satisfaire en principe à une triple finalité : « *satisfaction des besoins du délégant, satisfaction des intérêts et aspirations du délégataire, satisfaction des intérêts supérieurs incarnés par le délégant* »¹¹⁴⁷. Cependant, par ses essais, le législateur n'a pu normalement satisfaire aucun des intérêts précités. Néanmoins, dans le meilleur des cas, il assurait la satisfaction des intérêts du délégataire mais jamais ceux de la personne publique délégante ou même du service.

1262. Ainsi, en optant pour l'ouverture du plafond sans le munir d'un contrôle adéquat, le législateur a pris part du délégataire et de ses soucis sans se préoccuper de l'impact d'une telle ouverture sur l'exécution du service. Cependant, la doctrine est toujours présente pour enrichir les suggestions en proposant les justes solutions telles la théorie de la durée variable.

1263. L'adoption d'une telle théorie mettra fin d'une part aux techniques d'instauration et de suppression du plafond qui n'ont jamais abouti à la bonne gestion du service, et aboutira, d'autre part, à garantir la satisfaction de la triple finalité précitée.

¹¹⁴⁷ GUIBAL Michel, « Transparence et délégation de service public », *LPA*, 13 septembre 1995 n° 110, p. 16, spec. p. 18

Conclusion de la partie II

1264. « *La transparence de l'anodin ne compense pas l'opacité de l'essentiel* »¹¹⁴⁸

1265. Il ne s'agit point de banaliser ici le grand effort du législateur français à établir et maintenir la transparence des conventions de délégation de service public en recourant à la standardisation de la clause relative à la durée contractuelle une fois en la réduisant et une autre fois en la libérant des contraintes du plafond. Mais, il s'agit de montrer du doigt les lacunes sur lesquelles devait intervenir le législateur en premier lieu ou, au moins, en parallèle avec son intervention sur la durée pour garantir le respect de la transparence dans ce domaine. Car fixer la durée sans s'intéresser à la véracité et la validité de ce choix ainsi que ses effets avec le temps revient à assurer une transparence momentanée limitée à la phase de la passation des contrats.

1266. En effet, Les lois se sont intervenues à plusieurs reprises pour clarifier les conditions dans lesquelles devait se faire l'attribution de ces contrats. Mais limiter la transparence au stade de la passation serait manifestement insuffisant dans la mesure où l'exécution peut conduire à une modification considérable des rapports contractuels tels qu'ils ont été définis lors de la passation du contrat. Dès lors, il ne suffit pas que la durée soit bien choisie à la signature du contrat, il faut que ce choix reste valable et allant de soi avec les autres facteurs responsables de l'équilibre global du contrat tout le long de son exécution.

1267. Ainsi, il faut le rappeler encore une fois, mais cette fois en concluant non en estimant, que la durée ne pourrait constituer une clause figée prédéterminée et stable. En effet, l'exposition de ces lois à titre exemplaire avait pour objectif d'étudier de près les avantages et les inconvénients de la fixation de la durée plafond et sa suppression. Il était aussi question de savoir si ces législations étaient suffisantes pour protéger le service

¹¹⁴⁸ Idem

et lui assurer une bonne exécution, interdire les situations de rentes économiques et préserver les deniers publics, et enfin garder une certaine marge de liberté à la collectivité et garantir un gain encourageant les délégataires à y investir. Cependant, la concentration du travail sur le seul plafond de la durée des conventions, n'a pas permis de rendre la réponse attendue.

1268. Pour finir, il a été clair que ni la fixation du plafond ni sa réouverture n'ont pu lutter contre la corruption. Le faux jugement octroyé à la clause de durée et la mauvaise réaction face à ce problème en est la première raison. Il était temps de regarder la durée d'un coin différent. Comme le rappelle M. Edouard GEFFRAY dans ses conclusions sur les décisions du Conseil d'Etat du 8 avril 2009 *Compagnie générale des eaux* et *Commune d'Olivet*, la durée des DSP représente « *le cœur* » du mécanisme¹¹⁴⁹. C'est la dynamo, la bobine des conventions de délégations de service public. Un facteur d'équilibre du contrat : Caractère qui le rend forcément variable et loin d'être fixe. Cependant, le terme variable ne doit donner allusion de facilité, de corruption ou d'arbitraire. Au contraire cet adjectif doit être corolaire à un autre qui le stabilise, à savoir le terme contrôlé. Ainsi, la durée doit être variable mais mieux contrôlée. Une tâche évidemment difficile à accomplir, mais qui-est-ce qui a dit que la relation entre deux partenaires peut être simple et se dérouler sans aucun problème ?

¹¹⁴⁹ GEFFRAY Edouard, conclusions sur CE, 8 avril 2009, n° 271737 et 271782, *Compagnie générale des eaux* et *commune d'Olivet*, *Rec.* 2010, p.117, spec. p. 121

Conclusion générale

1269. Selon les mots précieux de Bouddha « *Il n'existe rien de constant si ce n'est le changement* ».

1270. Le droit administratif a bel et bien transmis ce dicton à l'organisation de ses services publics en adoptant le principe de mutabilité de service public. Il est également l'une des caractéristiques fondamentales du régime du contrat administratif. Le professeur Yves GAUDEMET soutient que le principe de mutabilité fait la singularité du contrat administratif, en permettant à l'Administration d'adapter et de faire durer un contrat, en fonction des circonstances et dans le respect de l'intérêt général¹¹⁵⁰. Plus particulièrement, Les conventions de DSP sont des « *conventions incomplètes ayant vocation à évoluer dans le temps pour répondre au principe d'adaptation des services publics aux besoins collectifs aux progrès technique et à la situation économique* »¹¹⁵¹.

1271. Si ce principe a connu une transposition vers certaines clauses du contrat telle la clause de la variabilité des prix, il serait cependant temps de l'admettre sans hésitation dans la clause de durée des DSP. La durée fixée initialement constitue, en effet, un facteur essentiel de mutabilité du contrat¹¹⁵².

1272. En effet, tout est sujet à évolution. Ce qui était admis comme stable hier peut ne plus l'être demain.

1273. Cette recherche visait à rationaliser la clause de la durée, à tracer de nouvelles perspectives sur son rôle. Elle a de même permis de mesurer l'ampleur de cette clause, sa réelle place et fonction dans le contrat de DSP. Notre but principal était de

¹¹⁵⁰ GAUDEMET Yves, préface p. V-IX, in HOEPFFNER Helene, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Paris 2, 2008, LGDJ, 2009, Bibliothèque de droit public,

¹¹⁵¹ RICHER Laurent, « Les conditions de prolongations du contrat », *MTP*, 25 mars 2005, p. 120, spec. p. 121

¹¹⁵² UBAUD-BERGERON Marion, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Université Montpellier 1, 18 décembre 2004, p. 316

contribuer à la rénovation du système juridique des DSP en France comme au Liban à travers la clause de durée en simplifiant l'appréhension et l'application de la théorie des durées endogènes.

1274. Dans cette mesure, la thèse a justifié que la loi Sapin et, derrière elle, les lois qui la ressemblent ont atteint leurs limites¹¹⁵³ en montrant qu'elles n'ont pas réussi à faire face au manque de concurrence effective entre opérateurs privés, ni à la défaillance du contrôle de l'autorité délégante, ni même au rôle limité accordé aux usagers, et particulièrement à la sous-estimation de la durée.

1275. Ainsi, si la limitation de la durée n'était pas une fin en soi mais un moyen pour atteindre des objectifs plus nobles, et tant que ce moyen a prouvé sa carence, pourquoi alors ne pas recourir à un autre moyen ou à une nouvelle modalité d'emploi de ce même moyen pour parvenir à ces objectifs ?

Dans ce sens, l'étude a veillé à révéler l'opportunité de la variabilité de la clause de la durée et les réelles inquiétudes qui en dégagent ainsi que les moyens pour en limiter les inconvénients.

1276. De cette étude il serait utile de dégager trois enseignements concernant la fixation de la durée contractuelle des DSP :

En premier lieu, on ne pourrait concevoir la fixation d'une durée préalable et immuable en fonction de la notion d'amortissement, elle-même variable. La durée est un facteur d'équilibre contractuel dépendant de plusieurs éléments. Dans ce sens, le régime français qui s'est trop figé à la notion de l'amortissement dans la détermination de la durée et l'a fermement adoptée n'était pas suffisamment circonspect sur sa nature variable ni sur ses impacts juridiques, ce qui a conduit cette relation causale à atteindre ses limites dans la pratique.

¹¹⁵³ Rapport rendu à l'ENA, « La délégation de service public : un modèle à repenser ? », groupe n° 9, promotion 2007-2009, p. 3

En second lieu, la fixité de la durée a rendu les contrats de DSP incapables de s'adapter aux variations économiques qui instaurent des conditions d'exécution fluctuantes, ce qui s'oppose au principe même de mutualité des contrats administratifs.

Enfin, en fixant numériquement un plafond législatif pour la durée des DSP ou même en supprimant ce plafond, le problème de corruption et de sous-estimation de la durée n'a pas été résolu car la solution proposée était toujours fragmentée.

1277. Aucune raison ne saurait soutenir, à notre sens, le maintien de cette ancienne stratégie de fixation préalable de DSP. Par conséquent, avant qu'il ne soit trop tard, il serait souhaitable que le législateur reconsidère l'idée de la variabilité de la durée assortie d'une amplification du contrôle exercé durant la phase de l'exécution.

1278. Dès lors, si l'on ne peut garantir une révision périodique de la loi fixant le plafond, accepter une telle fixation aura plus d'effets néfastes que d'effets positifs. Cependant, l'hypothèse inverse n'est pas valable non plus : admettre une durée plafond ouverte sans être accompagnée par une certaine contrainte au niveau du contrôle, fait perdre à l'idée de détermination de la durée contractuelle tout son sens.

1279. Par ailleurs, concernant les nouvelles législations en la matière, il est évident que le droit des délégations de service public évolue constamment pour intégrer les exigences du droit de l'Union européenne qui ignore la notion de délégation de service public¹¹⁵⁴ et ne semble pas aller de le sens de la reconnaître. Au contraire, avec la nouvelle directive *sur l'attribution de contrats de concession*¹¹⁵⁵, il semble que cette notion risque de « finir à l'ombre »¹¹⁵⁶ de celle de concession de services. De ce fait, l'effort doit être consacré sur l'insertion de la notion de variabilité et d'élargir son champ lors de sa transposition des dispositions de la directive sur plan national.

1280. En outre, il faut avouer que le problème de la corruption et ses

¹¹⁵⁴ ECKERT Gabriel, « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RJEP* 2013, étude 1

¹¹⁵⁵ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, *sur l'attribution de contrats de concession*, *JOUE* du 28 mars 2014, L94/1

¹¹⁵⁶ HOEPFFNER Hélène, « La délégation de service public : une notion condamnée ? », in colloque « Délégation de service public : la « loi Sapin » 20 ans après, bilan et perspectives », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 98, février 2014

ramifications n'a jamais été, uniquement le fait des textes, insuffisantes qu'elles soient. Lutter contre la corruption exige avant tout une bonne foi et une réelle intention de transparence de la part de l'Administration. Il ne suffit plus de mener des discours combattant la corruption. En effet, les paroles doivent être matérialisées par de réels actes prouvant l'intention de l'Administration.

1281. Dans ce sens, il faut s'assurer, avant tout, de l'intention de l'Administration. Une fois cette réelle intention établie, la mise en route d'une politique de lutte contre la corruption sera plus aisée. Cependant, la mise en place d'une politique efficace suppose le passage par ces trois étapes : D'abord, l'Administration doit veiller à ce que les termes employés par les textes ne soient pas ambigus. Ensuite, l'Administration est appelée à ne pas dresser d'obstacles, en facilitant et accélérant la procédure de vote des lois. Car la préparation d'un excellent texte n'aura aucun intérêt si celui-ci met des années avant d'être promulgué. Enfin, il ne suffit pas d'élaborer des textes, mais il faut encore prouver l'intention de l'Administration d'en assurer une application ferme. Dès lors, la question n'est pas uniquement dans la promulgation des textes, mais aussi dans leur application.

1282. Ainsi, il serait exigé de l'Administration pour faire face au problème de corruption un peu plus de sérieux dans la préparation des textes, dans leur présentation à l'assemblée et leur vote, dans leur application, et dans la répression de leur violation. Ainsi le sérieux de l'Administration et le courage du juge sont ce qui manque pour établir un régime solide des DSP.

1283. Dans ce cadre, a fait preuve de mauvaise intention, une série de projets préparés par l'Administration libanaise concernée en matière de lutte contre la corruption, à savoir le bureau du ministre d'Etat pour la réforme administrative en collaboration avec le ministère des finances, qui n'a pas pu voir le jour. Cet ensemble comprenait un projet de loi relative à la passation des marchés publics, un projet de loi concernant la création d'un organisme central pour les adjudications, un projet de décret pour un nouveau système d'adjudication, et un projet de décret pour la restructuration de l'organisme central pour l'adjudication. Ces projets de textes ont été préparés en 2002 mais le

gouvernement ne les a pas adoptées¹¹⁵⁷.

1284. Ainsi, nonobstant la défaillance des deux systèmes libanais et français dans la détermination contractuelle de la durée, il faut avouer et reconnaître encore une fois l'effort fourni par le législateur français pour cerner le problème, quoiqu'il ait perdu la boussole à chaque fois qu'il saisissait le bout du fil. Dès lors, malgré toutes les interrogations et les critiques se rapportant au modèle français de délégation de service public, ce modèle conserve sa pertinence et son actualité. La présente étude vise à le moderniser et à créer un modèle plus solide. Cependant, le système libanais appelle à un double travail puisqu'il lui faut tout d'abord reconnaître la gravité de ce problème et ne plus fermer les yeux sur ses impacts au niveau des services publics. Ensuite, il serait temps de poser les règles de jeu. Ainsi, le législateur libanais doit manifester plus d'intérêt et consacrer plus d'effort à régler ce problème. Dans ce cadre, et à plus forte raison, si le Liban accorde une ultime importance à la participation du secteur privé dans la gestion de ses services publics, cette réalité doit le pousser à consacrer plus d'effort au travail législatif, afin d'accélérer et d'améliorer la législation en matière de gestion des services publics.

1285. Certes, les échappatoires à la loi peuvent toujours exister et aucune loi ne peut être aussi ferme pour tout prévoir. Cependant, c'est à ce moment là qu'il serait attendu du juge administratif de prendre le relai pour combler les lacunes législatives, surmonter le silence des textes en prédisant des règles prétoriennes, et mettre ainsi en place des nouveaux principes assurant une bonne détermination de la durée contractuelle et par la suite une bonne gestion du service public

1286. Pour conclure, si l'observation a permis d'identifier la place de la durée dans la sphère de lutte contre la corruption, la démarche à suivre n'est pas pour autant close. Certes le chemin est encore loin pour arriver à dresser un régime juridique idéal et à lui assurer une application cohérente. On est dans une recherche continue d'un régime équitable établissant un équilibre d'intérêts entre le délégant, le délégataire et les usagers. Ce système doit être assez flexible pour encourager les candidats à investir dans le

¹¹⁵⁷ BARAKAT Leila, *Les aventuriers de la gestion publique*, liR, collection Gubernare, 2005, p. 45

domaine public, mais doit aussi être assez contrôlable pour permettre au délégant de protéger le service et satisfaire aux besoins des usagers.

1287. En revanche, la pratique peut toujours démentir et repousser la théorie vers un échec. Il peut s'avérer avec le temps que cet avancement n'était ni suffisant ni satisfaisant dans le domaine des DSP et qu'un changement voire un bouleversement soit nécessaire impliquant l'ouverture d'un nouveau champ de recherche. Cependant, à notre avis, pour le moment le choix de la durée et l'insistance sur sa malléabilité est le meilleur choix pour prémunir le service. Tout est sujet à essai.

Bibliographie

I- Ouvrages

ABD EL WAHHAB Mohammed Refaat, *Les principes et les dispositions du droit administratif*, Al Halabi, 2002

AL TAMMAWI Sleiman, *Les principes généraux des contrats administratifs*, Dar Al Fekr Al Arabi, 5^{ème} édition, 1991

AUBY Jean-Bernard, KIRAT Thierry, MARTY Frederic, VIDAL Laurent, *Economie et droit du contrat administratif, L'allocation des risque dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation française, Paris, 2005.

AUBY Jean-François, *Les services publics locaux*, P.U.F., Collection Que sais-je ?, 1982

BARAKAT Leila, *Les aventuriers de la gestion publique*, liR, collection Gubernare, 2005

BELLENGER Lionel, *La négociation*, P.U.F., collection Que sais-je ?, 8^{ème} édition, 2011

BERBARI Mireille, BRIAND Serge, CALLON Jean-Eric, MIROUSE Véronique, PEYRICAL Jean-Marc, RIBAUT Gwenaëlle, *Délégations de service public: notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes*, Administration Territoriale, Guide pratique, Litec, Paris, 2000

BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public : Transparence et service public local*, Editions Le Moniteur, Collection Action locale, Paris, 2^{ème} édition, 2007

BRAD Yves, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 1994.

CADIEU Pascal, LE ROY Richard, *La procédure des contrats de délégation de service public*, édition Territorial- L'essentiel sur, Voiron, avril 1999

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Paris, 15^{ème} édition, 2001

CHÉROT Jean-Yves, *Droit public économique*, Economica, Paris, 2^{ème} édition, 2007.

CHIIHA Ibrahim Abd El Aziz, *Les régimes politiques et le droit constitutionnel*, étude analytique du régime constitutionnel libanais, El Dar Al Jamiiya, Beyrouth, 4^{ème} édition

CHIIHA Ibrahim Abd El Aziz, *Traité des dispositions et les principes du droit administratif*, El Dar Al Jamiiya, Beyrouth, 1997

CHOKR Zouhair, *Traité du droit constitutionnel libanais, la naissance et l'évolution du régime politique et constitutionnel, les autorités constitutionnelles*, Tome I, sans éditeur, 2006

COUDEVYLLE Andrée, *Les concessions de services publics des collectivités locales*, Bibliothèque des collectivités locales, Sirey, Paris, 2^{ème} édition, 1983

CRISTINI René (dir.) et RAINAUD Jean-Marie (dir.), *Droit public de la concurrence*, Economica, Paris, 1987

DELAIRE Yves, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, Paris, 3^{ème} édition, novembre 2008

DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 2^{ème} édition, 1983

DE LAUBADERE Andrée, DELVOLVÉ Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, LGDJ, 2^{ème} édition, 1984

DELACOUR Éric, ANTOINE Julien, DAVIGNON Jean-François, RIBOT Catherine, *La loi Sapin et les délégations de service public, 10 ans d'application jurisprudentielle*, Litec, Paris, 2003

EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif, tome 1, les services publics et les droits de l'homme*, 1^{ère} édition 1998, sans éditeur

EL KHOURY Youssef Saadallah, *Recueil du droit administratif, tome 2, la gestion des services publics, l'établissement public et les contrats de concessions*, 1^{ère} édition 1999, sans éditeur

EL KOTB Marwan, *Les modalités de privatisation des services publics, la concession, les sociétés mixtes, les BOT, la délégation de service public*, étude comparée, El Halabi, 1^{ère} édition, 2009

FAHMI Moustafa Abou Zeid, *Le régime parlementaire au Liban*, Al Dar Al Masriya, 1^{ère} édition, 1969

GIRAUT Frédéric, ANTHEAUME Benoit, *Le territoire est mort, Vive les territoires !, une (re)fabrication au nom du développement*, Institut de recherche pour le développement IRD, Paris, 2005

GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, (dir.), *Traité de Droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011.

GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Thémis droit, PUF, Paris, 3^{ème} édition, 2011

GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2011

JAAFAR Anas, *Les contrats administratifs*, Dar Al Nahda Al Arabiya, Caire, 3^{ème} éditions, 2003

LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULIAT Hélène, *Grands services*

publics, ARMAND COLIN, Dalloz, Paris, 2^{ème} édition, 2000

LINOTTE Didier, ROMI Raphael, *Services publics et droit public économique*, éditions du Juris-Classeur, Litec, 5^{ème} édition, 2003

LONG Marceau (dir.), *Négociier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Institut de la gestion déléguée, La Documentation française, Paris, 1999

MELYON Gérard et NOGUERA Remédios, *Comptabilité générale*, ESKA, 4^{ème} édition, 2004

MONDOU Christophe, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Editions du PAPHYRUS, Montreuil, janvier 2006

MOUROUÉ Hiam, *Le droit administratif spécial, les grands services publics et leurs modes de gestion, l'expropriation, les travaux publics, le droit de l'urbanisme*, MAJD, 2003

Ministère de l'intérieur, *Recueil des modèles de cahiers des charges et règlements de service*, La Documentation Française, Paris, 1987

NASSIF Elias, *Série d'études juridiques comparées, Tome 6, le contrat de BOT*, La société moderne du livre, Tripoli, 2006

NASRALLAH Abbas, *Le droit administratif spécial*, Dar Bilal, 2012

RABBATH Edmond, *La constitution libanaise, origines, textes et commentaires*, publications de l'université libanaise, tome V, Beyrouth 1982

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2012

SARHAN, Albert, GEMAYEL Youssef, AYOUB Ziyad, *Le droit administratif spécial*, éditions AL HALABI, 1ère édition, Beyrouth, 2010.

SOKOLOFF Pascal, *Marchés publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, Editions TEC, Lavoisier, Paris, 2^{ème} édition, 2004

TALLON Denis (dir.), HARRIS Donald (dir.), *Le contrat aujourd'hui : Comparaisons Franco-anglaises*, LGDJ, Paris, 1987.

TUENI Ghassan, *Une guerre pour les autres*, Editions Dar An-Nahar, 2004

II- Articles et chroniques

ABOU RJEILY Khalil Saïid, « Les contrats administratifs au Liban », *RJA*, n° 9, 1996, p. 7

AUBY Jean-François, « la délégation de service public : Premier bilan et perspectives », *RDP* 1996, p. 1095

AUBY Jean-François, « La durée des conventions de délégation de service public », *LPA*, n° 32, 13 mars 1996, p. 12

AUBY Jean-François, « Délégation de service public La question des droits d'entrée », *LPA*, n° 58, 13 mai 1996, p. 8

BRACONNIER Stéphane, DOURLENS Nicolas, DE MOUSTIER Roland, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2013, p. 5

BRACONNIER Stéphane, MOURIESSE Xavier, « Des spécificités des délégations de service public des casinos (partie 1) », *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2013, p. 1

BONNOTTE Christophe, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005

p. 89

BOULOUIS Jean « Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale », *AJDA*, 20 mai 1982, p. 304

CHENUAUD-FRAZIER Carole, « La notion de délégation de service public », *RDJ*, 1995, p. 175

COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *RJEP*, n° 655, Juillet 2008, étude 6, p. 3

COSSALTER Philippe, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA* 2009, p. 1882

COSSALTER Philippe, « Les concessions à durée endogène », *Droit Administratif*, n° 5 mai 2006, étude 9, p. 4

DAVIGNON Jean-François, « Concession de service public », *Juris-Classeur administratif*, Fascicule 664, I-D pt. 44 (mis à jour 1er juin 2014)

DELVOLVÉ Pierre, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA* 1996, p. 675.

DEVES Claude, « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », *AJDA* 20 septembre 1996, p. 631

DOMINO Xavier, BRETONNEAU Aurélie, « De l'art de la suite jurisprudentielle : triptyque contractuel », *AJDA*, 2013, p. 1271

DOUENCE Jean-Claude, TERNEYRE Philippe, « Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA*, n° 5, septembre-octobre 1995, p 971

DOUENCE Jean-Claude, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936

DOURLENS Nicolas, « Durée des concessions : le cas des délégations de service public de casino », *Contrats publics-ACCP*, n° 29, janvier 2004, p. 48

ECKERT Gabriel, « Contenu du contrat », *Juris-Classeur Contrats et Marchés publics*, fascicule 410, (mis à jour 30 juin 2014)

ECKERT Gabriel, « Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RJEP* 2013, étude 1

ECKERT Gabriel, « Un an de droit des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, janvier 2013, chronique 1

ECKERT Gabriel, « Un an de droit des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, janvier 2012, chronique 1, p.16

ECKERT Gabriel, « Un an de droit des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, janvier 2011, chronique 1, p. 9

ECKERT Gabriel, « Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2004, p. 38

FIALAIRE Jacques, « Les délégations de service public d'eau et d'assainissement », *Les Petites affiches*, n° 78, 28 juin 1996, p. 14

FLEURY Benoît, « Les délégations de service public à l'épreuve des chambres régionales des comptes », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 9, 25 Février 2013, 2056, p. 36

GEORGEL J., « Exécution du contrat administratif. Situation du cocontractant de l'Administration », in *Juris-Classeur Administratif*, fascicule 512, 1991, n° 51.

GHIOTTI Stéphane, « Le Bassin versant en question, le modèle français de gestion de l'eau et les limites de son application au Liban », in GIRAUT Frédéric, ANTHEAUME Benoit, *Le territoire est mort, Vive les territoires !, une (re)fabrication au nom du développement*, Institut de recherche pour le développement IRD, Paris, 2005

GRAS Antonin, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif*, juillet 2012, étude 13, p. 15

GUIBAL Michel, « Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique », *AJDA* 20 mars 1993 p. 186

GUIBAL Michel, « Transparence et délégation de service public », *LPA*, n° 110, 13 septembre 1995, p. 16

HOEPFFNER Hélène, « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, Juin 2014, dossier 16

HOEPFFNER Hélène, « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. - À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2012, étude 7

HOEPFFNER Hélène, « Exécution du contrat administratif, Droits et obligations du cocontractant », *Juris-Classeur Administratif*, Fascicule 609, 29 janvier 2010

HOEPFFNER Hélène, « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2006, Etude 19, p.6

JABER Walid, « Concession de service public », *La vie parlementaire*, n° 70, mars 2009, p. 75

JABER Walid, « Le régime du BOT : application du partenariat public-privé », *RJA*, n° 17, tome 1, 2005, p. 86

JORION Benoit, « Les délégations de casions », *Droit administratif*, janvier 2005, étude 1, p. 6

JUEN Philippe, « Voirie routière- voies publiques à statut particulier », *Juris-Classeur*

propriétés publiques, Fascicule 42, 24 juillet 2013

LAVROFF Dmitri Georges, « Le domaine des collectivités locales », Encyclopédie des collectivités locales, mars 2008 chapitre 3, Le régime juridique des biens domaniaux, folio n° 5042,

LE CHATELIER Gilles, « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *AJDA* 3 juin 2013 p. 1092

LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien, « La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public : une application immédiate à effet différé », *AJDA* 2009, p. 1090

LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 20 février 1996, p. 100

LLORENS François, « La théorie des biens de retour après l'arrêt « Commune de Douai » », *RJEP*, n° 709, Juin 2013, étude 9

LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics » *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2004, Chronique, p. 4

LLORENS François, « Unité et pluralité des délégations de service public » *Contrats et Marchés publics*, n° 5, mai 2003, chronique 7, p. 9

LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 1^{ère} partie, *LPA*, n° 18, 11 février 1994, p. 4

LUCHAIRE Yves, « Brèves observations sur la loi du 29 janvier 1993 relative à la transparence des activités économiques et à la prévention de la corruption », 2^{ème} partie, *LPA*, n° 19, 14 février 1994, p. 4

MALLAT Hyam, « Les concessions et ses aspects juridiques », *La juridiction financière*, n° 9, juillet 1999, p. 41

MARCOU Gérard, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1994 p. 691

MARCOU Gérard, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 » (suite et fin), *RFDA*, 1994 p. 875.

MAUGÜÉ Christine, « les délégations de service public et le juge administratif », *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 597

MÉNÉMÉNIS Alain, « Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire », *Contrats et Marchés publics*, Mai 2003, chronique n° 11, p. 38

MOIROUX Julien, « Nouvelle directive sur les contrats de concession : quels impacts potentiels ou avérés sur la loi Sapin ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 22, 2 Juin 2014, 2168

MOTTES Jean-Emile, « Le contrôle financier des délégations », *AJDA* 20 septembre 1996, p. 661

NASR Pierre, « Les délégations de services publics d'eau et d'électricité et les projets de téléphériques, étude juridique, théorique et pratique », *Revue de la Justice*, 1979, p. 14

NICINSKI Sophie, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013 p. 1441

NOGUELLOU Rozen, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853

NOGUELLOU Rozen, « Le rapport public 2012 du Conseil d'Etat », *Droit administratif*, n° 6, juin 2012, alerte 25, p. 3

ORSONI Gilbert, « Délégation de service public : Loi Sapin », *RTD Com.*, 2009, p. 699

POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration, A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1993, p. 902

PROOT Philippe, « Passation et modification des concessions de travaux : l'apport de l'avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2010 », *Revue de Droit administratif*, n° 10, octobre 2011, comm. 83, p. 39

RICHER Laurent, « Les conditions de prolongations du contrat », *MTP*, 25 mars 2005, p. 120

ROUX André, « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *RFDA*, n° 3, mai-juin 1992 p. 435

SCHWARTZ Richard et TERNEYRE Philippe, « Quelles sont les règles de modification par avenant et de résiliation des délégations de service public ? Qui est propriétaire des biens affectés au service public ? », *BJCP*, n° 45, avril 2006, p. 107.

SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 10 juillet 2006, p. 1371.

SYMCHOWICZ Nil, « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998, p. 200

TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation de service public : éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », *AJDA* 1996, p. 588

TIROLE Jean, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, n° 51, 1999, p.79

VILA Jean-Baptiste, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. - Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2010, étude 5, p. 6

VILA Jean-Baptiste, « Bilan en demi-teinte d'un service public aux intérêts financiers : les concessions de casinos », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2013, étude 2

ZEIN Wael, « Lecture dans la loi n° 228/2000 relative à l'organisation des opérations de privatisation et la détermination des conditions et des domaines de son application », *La*

vie parlementaire, n° 81, décembre 2011, p. 112

ZIMMER Willy, « Concessions de services et concessions de travaux », *Contrats et Marchés publics*, n° 11, novembre 2011, comm. 332

ZIMMER Willy, « Précisions à propos des marchés mixtes et présentant « un intérêt transfrontalier certain » », *Contrats et Marchés publics*, n° 3 mars 2008, comm. 52

III- Mélanges et Actes de colloques

AL HAJJAR Wissam, « L'application du contrat de BOT au Liban « Other name, same game » », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Université Montpellier I, Volume I, 2006, p. 621

BOUINOT Jean, « Comment assurer l'égal accès à l'information juridique, technique et économique avant le contrat, en cours et lors de son renouvellement ? », in *La gestion déléguée du service public*, Actes du colloque du 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, *RFDA* 1997, n° 3, n° suppl. p. 41

COLSON Aurélien, « Contrat et négociation », in *contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, université Montpellier I, volume I, p. 13

FORT François-Xavier, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », in *contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Université Montpellier I, volume I, 2006, p. 37

GINTRAND Eric, « La liberté contractuelle des collectivités locales et le droit de la concurrence », in *Les collectivités locales et le droit, les mutations actuelles*, Actes du colloque du 24 et 25 juin 1999 organisé à Pau, Dalloz, 2001, p. 259

HOEPFFNER Hélène, « La délégation de service public : une notion condamnée ? », in colloque « Délégation de service public : la « loi Sapin » 20 ans après, bilan et perspectives », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 98, février 2014

JABER Bassam, « Le partenariat public privé un outil de gestion de l'eau au Liban », in *Atelier international du Réseau international des organismes de bassin*, « Participation du secteur privé dans les infrastructures hydrauliques au Liban », 8-10 mars 2010, Beyrouth, http://www.riob.org/IMG/pdf/LE_PARTENARIAT_PUBLIC_PRIVE.pdf

NOGUELLOU Rozen, « La fin du contrat », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Université Montpellier I, Volume I, 2006, p. 341

THERON Jean-Pierre, « A propos de la liberté d'entreprendre », in *Etudes en l'honneur du doyen Péquignot*, « l'interventionnisme économique de la puissance publique », Université de Montpellier I, CREAM, 1984, Tome 2, p. 675

TROPER Michel, « Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration », in *La libre administration des collectivités locales*, colloque 1984, Economica, Paris, p. 62

VERPEAUX Michel, « Principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales », in *Les collectivités locales et le droit, les mutations actuelles*, Actes du colloque du 24 et 25 juin 1999 organisé à Pau, Dalloz, 2001, p. 47.

IV- Thèses et mémoires

AL HAJJAR Wissam, *Les nouveaux contrats publics de construction en droit français et en droit libanais*, Thèse, université Montpellier I, 2007

BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics, contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Thèse paris 12, 1997, LGDJ, Paris, 1999

COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Thèse, Paris II, 2005, LGDJ, Paris, 2007

DEL PRETE Didier, *L'avenant dans les contrats administratif*, Thèse, Aix-en-Provence,

6 décembre 2002, p. 363

DUROY Stéphane, *La distribution d'eau potable en France, Contribution à l'étude d'un service public local*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996

HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Paris 2, 2008, LGDJ, Paris, 2009, Bibliothèque de droit public

MAHOUACHI Mohamed, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Thèse, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2001, PUAM 2002.

NABOLSI Nasri Mansour, *Les effets des contrats administratifs en droit libanais*, Thèse, Université Arabe de Beyrouth, 2010

PETEL Isabelle, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier 1, mars 1984, Tome I

RAYHAN Wafik, *les voies de modernisation dans l'acte administratif*, Thèse, Université Libanaise, 2000

SOLH Thouraya, *Les limites étendu de l'article 89 de la Constitution libanaise*, mémoire, Institut des études judiciaires, Beyrouth, 2004

TREPOZ Armelle, *Recherches sur la transparence dans la passation des conventions de délégation de services publics locaux*, Thèse, Limoges, 16 juillet 1997

UBAUD-BERGERON Marion, *La mutabilité du contrat administratif*, Thèse, Université Montpellier 1, 18 décembre 2004

VILA Jean-Baptiste, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse Toulouse I Capitole, 2009

V-Rapports (par date)

CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur, *Commune d'Arles*, ROD, octobre 2012

CRC Pays-de-la-Loire, *Commune de Pornichet*, ROD, janvier 2012

CRC Languedoc-Roussillon, *Commune du Grau-du-Roi*, ROD, janvier 2012

CRC Champagne-Ardenne, *Conseil Général de la Marne*, ROD, novembre 2011

CRC Languedoc-Roussillon, *Communauté d'agglomération de Montpellier*, ROD, juillet 2011

CRC Rhône-Alpes, *Syndicat des transports de l'agglomération lyonnaise (SYTRAL)*, ROD, mai 2011

CRC Basse-Normandie, *Commune de Saint-Pair-sur-Mer*, ROD, avril 2011

Rapport Sénat n° 96, *Résolution européenne sur les concessions de service public*, JO S, documents parlementaires, du 14 avril 2011

Cour des comptes, *Les services publics d'eau et d'assainissement : des évolutions encourageantes*, Rapport public annuel 2011, éditions du JO.

CRC Bretagne, *Commune de Rennes*, ROD, mars 2011

CRC Languedoc-Roussillon, *Ville de Narbonne*, ROD, janvier 2011

CRC Languedoc-Roussillon, *Commune de Canet-en-Roussillon*, ROD, janvier 2011

CRC Auvergne, *Commune de Royat*, ROD, janvier 2011

CRC Languedoc-Roussillon, *Ville de Narbonne*, ROD, janvier 2011

CRC Île-de-France, *Commune de Clichy-la-Garenne*, ROD, juillet 2010

CRC Rhône-Alpes, *Commune de Villard-de-Lans*, ROD, juin 2010

Rapport rendu à l'ENA, « *La délégation de service public : un modèle à repenser ?* », groupe n° 9, promotion 2007-2009

Rapport fait au nom du secrétariat d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique, *Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé*, par BESSON Eric, 27 Mai 2008, La Documentation Française

Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, rapport public, décembre 2003, les éditions du JO

Rapport d'information n° 15, au nom de la mission commune d'information, *chargée de dresser un bilan de la politique de la montagne et en particulier de l'application de la loi du 9 janvier 1985, de son avenir, et de ses nécessaires adaptations*, par M. Jean-Paul AMOUDRY, *JO S*, documents parlementaires, session ordinaire 2002-2003.

Rapport d'information n° 1040, au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, *sur les améliorations pouvant être apportées au droit applicable dans les zones de montagne*, par M. François Brottes, président, et M. Yves Coussain, rapporteur, 16 juillet 2003, *JO AN* documents parlementaires, juillet 2003

Rapport d'information n° 3081 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle constituée le 20 décembre 2000, *sur le financement et la gestion de l'eau*, par Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, mai 2001.

Rapport d'information n° 223 au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *sur la mission jeux de hasard et d'argent en France*, par M. François TRUCY, *JO S*, documents parlementaires, session ord. 2001-2002.

CE, Rapport public 1999, *Réflexions sur l'Intérêt général*, études et documents n° 50, La Documentation française, Paris, 1999.

Rapport du haut conseil du secteur public, *Quelle régulation pour l'eau et les services urbains?*, La Documentation française, Paris, décembre 1999

CRC Provenance-Alpes-Cote-d'Azur, 30 décembre 1998, commune, service de l'eau et

de l'assainissement de la ville de Frejus-Var

Cour des comptes, « *La gestion des services publics locaux d'eau d'assainissement* », rapport public particulier, janvier 1997, les éditions du JO

Cour des Comptes, Rapport au Président de la République sur la politique routière et autoroutière : évaluation de la gestion du réseau national, mai 1992, *JO documents administratifs*, 1992

Cour des comptes 5 juin 1991, *Rapport public*, « *La gestion des halles et marchés forains en Ile-de-France* ».

Cour des comptes 6 juin 1990, *Rapport au Président de la République*, tome I, « *opérations de l'Etat* » et « *collectivités territoriales et établissements publics locaux* », 1990, *JO documents administratifs*

Rapport au premier ministre de la commission de prévention de la corruption présidée, *Prévention de la corruption et transparence de la vie économique*, BOUCHERY Robert (pres.), la documentation française, Paris, 1993

Rapport au ministre d'Etat ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, MENTRÉ Paul (pres.), La Documentation Française, *Les durées d'amortissement*, Paris, 1987

VI- Avis (par date)

CRC Bretagne, Avis n° 2011-01, du 31 aout 2011, *SMICTOM des Chatelets*

CE, section des travaux publics, avis, 21 juin 2011, n° 385183

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis n° 354/a.s/2010

CRC Nord-Pas-de-Calais, *Communauté de Communes de l'Hesdinois*, avis n° 2010-0209,

5 octobre 2010

Cour des comptes Lib., Avis du 14 mai 2009, n° 45/2009, site de la cour des comptes libanaise

Cour des Comptes Lib., Avis du 24 juin 2008, n° 46/2008, site de la cour des comptes libanaise

CE, Avis n° 371 234 du 19 avril 2005, Section des travaux publics, EDCE 2006, n° 57 p. 197

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 27 novembre 2000 n° 759/2000, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3261

Conseil économique et social, Avis n° 14, présenté par M. René BOUE, rapporteur au nom de la section du cadre de vie, M. Francis VANDEWEEGHE, rapporteur pour avis au nom de la section des activités productives, de la recherche et de la technologie, et M. Claude MIQUEU, rapporteur pour avis au nom de la section de l'agriculture et de l'alimentation, *La réforme de la politique de l'eau*, séances des 14 et 15 novembre 2000, *JO conseil économique et social, avis et rapports*, mercredi 22 novembre 2000.

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 9/10/2000, n° 652/2000

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis du 11 septembre 2000, n° 560/2000

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis n° 130/2000 du 15 mars 2000, concernant la durée de la concession du téléphérique de Jounieh-Harissa, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3285

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 14 septembre 2000, n° 597/2000 sur l'ajournement du point de départ de la durée de la concession octroyée à la société d'électricité de Jbeil, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3,

SADER, Beyrouth 2004, p. 3306

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 11 septembre 2000, n° 560/2000 sur la suspension de la durée de la concession d'électricité de Zahlé, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 3302

Conseil de la concurrence, Avis n° 00-A-12, sur le prix de l'eau en France, du 31 mai 2000.

Cour des Comptes Lib., Avis du 18 février 2000, n° 20/2000, site de la cour des comptes libanaise

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, avis n° 579 du 2 décembre 1999 sur la fin de la durée de concession d'Aley

CE, Avis n° 362 908 du 16 septembre 1999, Section des travaux publics, EDCE 2000, n° 51, p. 230

Département de la législation et des consultations auprès du ministère de la justice, Avis du 29 avril 1999 n° 133/199, *Recueil de jurisprudence*, Tome 3, SADER, Beyrouth 2004, p. 4263

Cour des comptes Lib., Avis du 17 mars 1999, n° 13/1999, site de la cour des comptes libanaise

CE, Avis du 27 juin 1996, Contrats et marchés publics, n° 3, 97, p. 4

CE, Avis n° 358 595 du 20 février 1996, Section des travaux publics, EDCE 1997, n° 48, p. 334

CE, Avis n° 357 274 du 4 avril 1995, Section de l'intérieur, EDCE 1996, n° 47 p. 414

VII- Conclusions, Notes et Commentaires

1- Conclusions

BERGEAL Catherine, Conclusions sur CE 7 avril 1999, n° 156008, *Commune Guilhaud-Granges*, *AJDA*, 1999, p. 517

BOULAY Françoise, Conclusions sur TA Lille, 23 février 1995, *Préfet Nord*, « La notion de délégataire pressenti avant la date de publication de la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA* 1996, p. 423

CASAS Didier, Conclusions sur CE, ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Tropic*, *Rec. CE* 2007, p. 360

CASAS Didier, Conclusions sur CE 9 août 2006, *CGE*, *BJCP* n° 49, 2006, p. 448

CELERIER Thibaut, Conclusions sur TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet du Nord*, *BJCP*, n° 1, 1998, p. 72

CHEYLAN Frédéric, Conclusions sur TA Caen, 2 mai 2006, n° 0500398, *Société des hôtels et casinos de Deauville*, *BJCP*, n° 47, septembre 2006, p. 286

DACOSTA Bertrand, Conclusions sur CE, 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, *BJCP* 2009, p. 470

GEFFRAY Edouard Conclusions sur CE ass. 8 avril 2009, n° 271737 et 271782, *Commune d'Olivet-Compagnie générale des eaux*, *Rec.* 2010, p. 117

JAYET Jean-Daniel, Conclusions sur TA Grenoble, 8 novembre 2002, *Préfet de Haute-Savoie*, *BJCP* n° 27, 2003, p. 146

LOINTIER Ph, Conclusions sur TA Dijon, 5 janvier 1999, *Sieur Roycourt*, *BJCP* n° 3, 1999, p. 295

MITJAVILE Marie-Hélène, conclusions sur CE, 3 octobre 2003, n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « La limitation de la durée des concessions de casinos par arrêté interministériel est-elle légale ? », *BJCP*, n° 32, janvier 2004, p. 50

PIVETEAU Denis, conclusions sur CE 28 mai 2003, n° 248429, *AP-HP, BJCP*, n° 30, septembre 2003, p. 390

PIVETEAU Denis, Conclusions sur CE 25 juillet 2001, n° 231319, *Syndicat des eaux de l'Iffernet, BJCP*, n° 19, novembre 2001, p. 530

PIVETEAU Denis, Conclusions sur CE 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin de Re, BJCP*, n° 18, 2001, p. 415

2- Notes et Commentaires

BRENET François, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole et Société Veolia eau*, « Détermination de la durée des délégations de service public et sanction du défaut d'information des conseillers communautaires dans le cadre d'un déféré préfectoral », *RJEP*, n° 704, janvier 2013, comm. 2

CHATAIN S., Note sous CAA Marseille du 18 décembre 2006, n° 04MA01644 et 04MA01841, *Société crématoriums de France et Commune Aix-en-Provence, JCP A*, n° 23, 4 Juin 2007, 2138, p. 10

COLLET Martin, Note sous CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaine Lucien barrière*, « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public », *RJEP* avril 2009, p. 13

COLLET Martin, Note sous CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », *RJEP*, n° 655, Juillet 2008, étude 6, p. 3

DELACOUR Éric, Note sous CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, « Prolongation et intérêt général », *Contrats et Marchés publics* n° 9, Septembre 2005, comm. 222, p. 24

DESINGLY Aurélien, Note sous TA *Châlons-en-Champagne*, 17 mars 2011, n° 0802454, *AJCT* 2011, p. 296

DIEU Frédéric, Note sous CAA Marseille, 9 avril 2009, n° 07MA02807, *Commune Orange, Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2009, comm. 146.

DIEU Frédéric, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, et CE, 4 février 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, « De la durée fixée à la durée négociée - L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », *JCP A*, n° 18, 27 Avril 2009, 2102, p. 27

DOURLENS Nicolas, Note sous CE, 3 octobre 2003, n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « Durée des concessions : le cas des délégations de service public de casino », *Contrats publics-ACCP*, n° 29, janvier 2004, p. 48

DREYFUS Jean-David, Note sous CE, section, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine de Versailles*, « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », *AJDA*, 2010, p. 500

DREYFUS Jean-David, Note sous CE du 10 janvier 2007, n° 284063, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, *AJDA*, 2007, p. 636

DREYFUS Jean-David, Note sous CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune Ramatuelle*, « La continuité du service public, motif d'intérêt général justifiant à lui seul la prolongation d'une délégation de service public », *AJDA*, 2005, p. 1686

DREYFUS Jean-David, Note sous CE 29 décembre 2004, n° 239681, *Société de chauffe, de combustibles, de réparations et d'appareillages mécaniques*, *AJDA* 2005, p. 607

DREYFUS Jean-David, Note sous CAA Marseille, 23 janvier 2003, *Commune de Six-Fours-les-plages*, *AJDA*, 2003, p. 1161

ECKERT Gabriel, Note CAA Nancy, 17 janvier 2013, n° 11NC00809, *Société Vivendi*, « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2013, comm. 83

ECKERT Gabriel, Note sous CAA Marseille, 4 février 2013, n° 09MA03533, *Commune Cannes*, « Quelques précisions sur l'objet et le régime des concessions de plage », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2013, comm. 112

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 24 février 2011, n° 337920, *Association des 40 millions d'automobilistes*, *Contrats et Marchés publics* 2011, comm. 118

ECKERT Gabriel, Note sous CAA Lyon, 12 octobre 2010, n° 08LY00118, *Commune Firminy*, *Contrats et Marchés public* décembre 2010, comm. 423, p. 36

ECKERT Gabriel, Note sous CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, *Société Electricité Réseau Distribution France (ERDF)*, *Contrats et Marchés publics*, novembre 2010, comm. 390, p. 39

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, « Durée des conventions de délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2010, comm. 147, p. 25

ECKERT Gabriel, Note sous CAA Marseille, 26 mars 2007, n° 04MA00412, *Commune Briançon*, « Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2007, comm. 193, p. 29.

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 20 octobre 2006, n° 287198, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, *Contrats et Marchés publics*, n° 12, Décembre 2006, comm. 322, p. 17

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, « La mise en concurrence peut porter sur la durée de la délégation de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 2, février 2009, comm. 58, p. 31

ECKERT Gabriel, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, « Durée des délégations de service public conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la « loi Sapin » du 29 janvier 1993 », *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2009, comm. 164, p. 27

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 4 février 2009, n° 312411, *Communauté urbaine d'Arras*, « Durée de la délégation de service public », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2009, comm. 142, p. 35

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, *Contrats et Marchés publics*, n° 11, Novembre 2009, comm. 364, p. 24

ECKERT Gabriel, Note sous CE, 3 octobre 2003, *Commune Ramatuelle*, « Durée des délégations de service public de casinos », *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2003, comm. 235, p. 27.

IDOUX Pascale et CAFARELLI François, Note sous CE, 7e et 2e sous-section, 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, «Durée des délégations de service public », *Droit Administratif* n° 11, novembre 2009, comm. 147, p. 27

LINDITCH Florian, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux, Commune Olivet*, « De la caducité contractuelle et de ses conséquences sur les contrats dont la durée excède celle de l'amortissement des investissements », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 25, 15 Juin 2009, 2147, p. 29

LINDITCH Florian, Note sous CE, 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodin, JCP A*, n° 31-35, 28 juillet 2008, 2184, p. 26.

LLORENS François, Note sous CAA Marseille, 17 mai 2010, n° 08MA00148, *Ville Cannes*; « Illégalité d'un avenant modifiant un élément substantiel du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 8, août 2010, comm. 295

MARCHAND Jennifer, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres métropole, Droit Administratif*, n° 3, Mars 2013, étude 6

MAUGUE, Christine, Note sous TA Melun, 7 juillet 1999, *préfet du Val-de-Marne et autres c/ Commune de Fontenay-sous-Bois*, *B.J.D.C.P.* 2000, n° 8, p. 71.

MÉNÉMÉNIS Alain, Note sous CAA Lyon, 8 février 2005, n° 99LY00655, *Commune*

d'Auxerre, et CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, « Modification et prolongation des délégations de service public », *Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2005, comm. 101, p. 25

PELLISSIER Gilles, Note sous CE du 10 janvier 2007, n° 284063, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, *Droit Administratif*, mars 2007, comm. 39, p. 20

PIETRI Jean-Paul, Note sous CE, 21 février 2011, n° 337349, *Société Ophrys*, *Contrats-Marchés publics*, avril 2011, comm. 123, p. 36

PHILIPPE Edouard, Note sous CE, Avis n° 362 908 du 16 septembre 1999, Section des travaux publics, *Les Grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3ème édition, 2008, n° 34, p. 395

PLESSIX Benoît, Note sous CE, ass., 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux*, *Commune Olivet*, « Application immédiate des dispositions de la loi Sapin relatives à la durée des délégations de service public », *Revue juridique de l'économie publique* n° 668, Octobre 2009, comm. 41, p. 19

RICHER Laurent, Note sous CE du 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée*, « Délégation de service public : le critère du risque financier », *AJDA*, 29 décembre 2008 p. 2454

SCHWARTZ Rémy, Note sous CAA Nantes, 13 novembre 2001, *Syndicat intercommunal des eaux de Port-de-Roche*, *BJCP* n° 23, 2002, p. 325

SUBRA DE BIEUSSES Pierre, Note sous l'arrêt CE 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba c/ société des crematoriums de France*, *Commune d'Aix-en-Provence*, « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », *AJDA* 2010, p. 954

TASSONE Adriano, Note sous CAA Paris, 17 avril 2007, n° 06PA02278, *Société Kéolis*, « Avenants aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2007, p. 1524

TERNEYRE Philippe, Note sous CE, 23 Juillet 1993, *Compagnie Générale des Eaux*, « le droit applicable aux conventions de délégation de service public : quelques précisions du Conseil d'Etat », *RFDA*, 1994, p. 252

TUROT Jérôme, Note sous CE, 26 février 1990, *Société Brambi Fruits*, n° 84156, « Du prix des autorisations, des concessions, et autres droits conférés par l'Administration », *RJF* 1990, chronique, p. 311

UBAUD BERGERON Marion, Note sous CAA Marseille, 15 mars 2013, n° 10MA01965, *Société ADPRY*, « Délégation de service public : la personne publique peut indiquer une simple durée potentielle du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2013, comm. 172

VILA Jean-Baptiste, Note sous CE 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, « Les délégations de service public à l'épreuve de l'urgence ou la mort annoncée d'un contrat administratif », *JCP A*, n° 42, 14 octobre 2013, 2297, p. 1

VILA Jean-Baptiste, Note sous CE 11 aout 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, *JCP A*, n° 46, 9 novembre 2009, 2261, p. 13

VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune Bordeaux / Société Les Nouveaux Golfs de France*, *JCP A*, n° 39, 27 septembre 2010, 2291, p. 28

VILA Jean-Baptiste, Note sous CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et Société Veolia eau*, « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », *JCP A*, n° 50, 17 décembre 2012, 2388, p. 14

VILA Jean-Baptiste, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, *Société Veolia propreté*, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A*, n° 26, 2 juillet 2012, 2226, p. 14

VILA Jean-Baptiste Note sous CE, 8 février 2010, n°323158, *Commune Chartres*, « Amortissement et durée des DSP : les tribulations d'une technique comptable au pays du temps et du droit des contrats administratifs », *JCP A*, n° 17, 26 avril 2010, 2146, p. 26

VINCENTBEAUTSAR Matthieu, Note sous CE, 3 octobre 2003 n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, « Durée des concessions de Casino : pour une remise en cause de la jurisprudence commune de Ramatuelle par des considérations historiques », *LPA*, 9 août 2004 n° 158, p. 18

VINET Camille, Note sous CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, « Appréciation de la durée d'un contrat de délégation de service public », *AJDA* 23 janvier 2012 p. 83

ZIMMER Willy, Note sous CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, *Contrats et Marchés publics*, Mai 2011, comm. 147, p. 33

ZIMMER Willy, Note sous CJUE, 9 septembre 2010, affaire C-64/08, *Ernst Engelmann*, *Contrats et Marchés publics*, novembre 2010, comm. 388, p. 36

TA Châlons-en-Champagne, 17 mars 2011, n° 0802454, « Contentieux contractuel : l'erreur manifeste d'appréciation quant à la durée d'un affermage est un vice d'une particulière gravité », *Actualité juridique Collectivités Territoriales*, 2011, p. 296

CE, 29 décembre 2004, *Société Soccram*, *Droit Administratif*, mars 2005, comm. 35, p. 22

TA Versailles 6 janvier 2000, *Préfet Essonne c/ Vigneux-sur-Seine*, *Droit administratif*, 2000, comm n° 55, p. 19

VIII-Textes

1- Lois :

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, JOFR n° 0160 du 13 juillet 2010, p. 12905

Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, *pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, JORF n° 0041 du 18 février 2009, p. 2841

Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 *relative au développement des territoires ruraux*, JORF n° 46 du 24 février 2005, p. 3073

Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, *de finances rectificative pour 2004*, JOFR n° 304 du 31 décembre 2004, p. 22522

Loi n° 2004-809 du 13 août 2004, *relative aux libertés et responsabilités locales*, JO n° 190, du 17 août 2004, p. 14545

Loi Lib n° 549/2003 du 20 octobre 2003, *relative à la planification, financement, développement, reconstruction et exploitation des raffineries de Tripoli et du Zahrani*, JO n° 48 annexe du 22 octobre 2003, p. 161

Loi Lib n° 462/2002 du 2 septembre 2002, *relative à l'organisation du secteur de l'électricité*, JO n° 50 du 5 septembre 2002, p 5934

Loi Lib n° 393/2002 du 1^{er} juin 2002, *relative à l'autorisation du gouvernement d'octroyer deux délégations pour fournir les services téléphoniques portables*, JO n° 31 du 1^{er} juin 2002, p. 3901

Loi des finances publiques libanaises n° 392-2002 du 8 février 2002

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JO n° 288 du 12 décembre 2001, p. 19703

Loi Lib n° 228/2000 du 31 mai 2000, *relative à l'organisation des opérations de privatisation et la détermination des conditions et des domaines de son application*, JO n° 24 du 2 juin 2000, p 1751

Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, JORF n° 34 du 9 février 1995, p. 2186

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JORF n° 29 du 3 février 1995, p. 1840.

Loi n° 94-679 du 8 août 1994 *portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, JORF n°184 du 10 août 1994, p. 11668

Loi Lib. n° 218/1993 du 13 mai 1993, *relative à l'autorisation du Ministère des Postes et Télécommunications libanais de passer un appel d'offre universel pour la réalisation du projet du système radiophonique*, JO n° 20 du 20 mai 1993, p. 413

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, JORF n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1588

Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République*, JORF n° 33 du 8 février 1992, p. 2064

Loi n° 50 du 23 mai 1991, *portant suspension des délais juridiques, judiciaires et contractuels*, JO annexe n° 21 du 23 mai 1991.

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, JORF n° 4 du 5 janvier 1991, p. 236

Loi n° 89-413 du 22 juin 1989, *relative au Code de la voirie routière, partie législative*, JORF du 24 juin 1989 p. 7861

Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, *D'amélioration de la décentralisation*, JO du 6 janvier 1988, p. 208

Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne*, JO du 10 janvier 1985, p. 320

Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 *relative aux sociétés d'économie mixte locales*, JORF du 8 juillet 1983, p. 2099

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 *relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF du 3 mars 1982 p. 730

Décret n° 70-398 du 12 mai 1970, *Concessions par l'Etat pour la construction et l'exploitation des autoroutes modification des dispositions réglementaires des alinéas 2 et 6, substitués par le décret 60661 du 4 juillet 1960 aux alinéas 2 et 3 de l'article 4 de la loi 55435 du 18-04-1955*, JO du 13 mai 1970, p. 4509

Loi Lib. du 5 juillet 1967, n° 58/1967 *relative à la réalisation et l'exploitation des projets touristiques*, JO n° 56 du 13 juillet 1967

Loi Lib. du 1^{er} août 1962 *relative aux lignes de transports aériens par moyens des câbles métalliques*, JO n° 32 du 8 août 1962, p. 1254

La loi électorale de 1960

Loi n° 55-435 du 18 avril 1955, *Portant statut des autoroutes (classement, servitudes, concessions)*, JO 20 avril 1955, p. 4023

Loi Lib. du 25 mai 1950 *relative à l'octroi de l'exploitation de la zone franche à Tripoli*, JO n° 22 du 31 mai 1950, p. 337 ; Loi du 23 mai 1929 *relative à l'usage des cascades de la rivière de Safa pour la production de l'énergie électrique*, JO n° 2239 du 27 mai 1929, p. 2

Loi Lib. du 31 mai 1930 *relative à l'authentification de la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Bhamdoun*

Loi Lib. du 23 mai 1929 *relative à l'usage des cascades de la rivière de Safa pour la production de l'énergie électrique*, JO n° 2239 du 27 mai 1929, p. 2

Loi du 15 juin 1907 *règlementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatériques*, JORF du 16 juin 1907, p. 4177

Loi des concessions Ottomans du 15 Jomada ath-thania 1328 (équivalent à 24/06/1910)

Projet de loi n° 1058 *relatif au développement des territoires ruraux*, JO AN, documents parlementaire, session ordinaire, 2003

Projet de LOI n° 3205, *portant réforme de la politique de l'eau*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2001, JO AN, documents parlementaires, juin 2001

Projet de loi Lib. (Sans numéro), *le partenariat entre les secteurs public et privé*, conseil supérieur de la privatisation (référence).

2- Décrets-lois

Décret-loi n° 118 du 30 juin 1977 relatif à *la Loi des municipalités*, J.O. n° 20 du 7 juillet 1977

Décret-loi n° 70 du 5 août 1967 *relatif à l'autorisation de percevoir un péage contre l'usage des autoroutes*, JO n° 66 du 17 août 1967

Décret-loi n° 16878 du 10 juillet 1964 relatif à la création de l'établissement d'électricité du Liban

3- Ordonnances

Ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010, *portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique*, JORF n°0101, du 30 avril 2010, p. 7839

Ordonnance n° 2009-864, du 15 juillet 2009, relative aux contrats de concession de travaux publics, JO du 16 Juillet 2009, p. 11853

Ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004, *relative à la partie législative du code du tourisme* - art. 5 (V) JORF n° 299, du 24 décembre 2004, p. 21896

Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986, *relative à la liberté des prix et de la*

concurrence, JO du 9 décembre 1986, p. 14773

4- Décrets

Décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, JO n° 0099, du 28 Avril 2010, p. 7686

Décret n° 2010-328 du 22 mars 2010, *approuvant des avenants aux conventions passées entre l'Etat et la Société des autoroutes du sud de la France (ASF), entre l'Etat et la Société de l'autoroute Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA), entre l'Etat et la Compagnie financière et industrielle des autoroutes (COFIROUTE), entre l'Etat et la Société des autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF), entre l'Etat et la Société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes et aux cahiers des charges annexés à ces conventions*, JO n° 0073 du 27 mars 2010, p. 6048

Décret n° 2005-334 du 7 avril 2005, JO n° 83 du 9 avril 2005, p. 6426

Décret n° 8206 du 13 juillet 2002 en application de la loi n° 393/2002 du 1^{er} juin 2002, *relative à l'autorisation du gouvernement d'octroyer deux délégations pour fournir les services téléphoniques portables*, JORF n° 40 annexe du 15 juillet 2002, p. 5

Décret du 27 octobre 2005, JO n° 252 du 28 octobre 2005, p. 16996

Décret n° 2001-923, du 8 octobre 2001, JO n° 235 du 10 octobre 2001, p. 15923

Décret n°93-471 du 24 mars 1993 *Portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public*, JORF n° 72 du 26 mars 1993, p. 4773

Décret n° 92-1310, du 15 décembre 1992, *portant simplification du code des marchés publics*, JO n° 294 du 18 décembre 1992, p. 17326

Décret du 16 octobre 1981, *cahier des charges type pour l'exploitation par affermage*

d'un service d'assainissement, JORF du 23 octobre 1981, p. 9383

Décret du 12 mai 1970, *Cahier des charges de la construction et de l'exploitation des autoroutes A. 10 et A. 11, JORF du 13 mai 1970, p. 4509*

Décret n° 66-36 du 6 janvier 1966, *cahier des charges type des concessions d'opération de construction à usage locatif, JORF du 9 janvier 1966, p. 289*

Décret Lib. n° 64-829 du 30 juillet 1964, *JO 9 août 1964, p. 7349*

Décret Lib. n° 14969 du 30 décembre 1963 *relatif à la loi de la comptabilité publique, JORF n° 104 du 30 décembre 1963*

Décret n° 61-1191 du 27 octobre 1961, *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 37 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF n° 258 du 3 novembre 1961, p. 9996*

Décret n° 60-1288 du 22 novembre 1960, *Cahier des charges type pour les concessions de distribution publique d'énergie électrique, JORF du 5-6 décembre 1960, p. 11905*

Décret n° 59-1489 du 22 décembre 1959, *portant réglementation des jeux dans les casinos des stations balnéaires, thermales et climatiques, JO 29 décembre 1959, p. 12489*

Décret du 28 novembre 1953, *cahier des charges général pour l'affermage de gares routières publiques de voyageurs, JORF du 6 décembre 1953, p. 10886*

Décret n° 48-450 du 16 mars 1948, *Cahier des charges général pour les concessions de gares routières de voyageurs, JORF du 19 mars 1948, p. 2270*

5- Circulaires

Circulaire du ministre du budget, du 20 novembre 1996, portant complément à la circulaire du 10 mai 1995, *relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO du 25 janvier 1997, p. 1301*

Circulaire du ministre du budget, du 10 mai 1995, *relative à l'application de l'article 75 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JO du 12 mai 1995, p. 8019

Circulaire du 7 août 1987, *relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services*, JO du 20 décembre 1987, p. 14863.

Circulaire du 23 novembre 1982, *Modèle de contrat pour la distribution d'énergie par concession*, JO du 5 mars 1983, p. 2392

6- Arrêtés :

Arrêté du 9 mai 1997 *modifiant l'arrêté du 23 décembre 1959 modifié relatif à la réglementation des jeux dans les casinos*, JORF n° 125 du 31 mai 1997, p. 8501

Arrêté ministériel libanais, n° 116 du 9 avril 1994, exploitation de la Restauration de Saida

Arrêté ministériel libanais, n° 117 du 9 avril 1994, exploitation de la Restauration de Tyr

Arrêté ministériel libanais, n° 186 du 18 novembre 1993, exploitation de la Grotte de Jeita

Arrêté ministériel libanais, n° 79 du 19 septembre 1986, exploitation du Palais du Mir Amin

Arrêté interministériel du 23 décembre 1959 *portant réglementation des jeux dans les casinos*, JO, p 12490

Arrêté n° 145 du haut commissaire du 11 juin 1925 relatif à *La création et l'exploitation des réseaux de transport de l'énergie électrique à haute tension*, JO. n° 1885 du 14 juillet 1925

Arrêté n° 2511 du haut commissaire du 20 mars 1924 relatif à *La loi d'octroi des concessions*, JO. n° 1756 du 15 avril 1924

Arrêté n° 1307 du Haut-commissaire du 8 Mars 1922 relatif à *la détermination des compétences du gouverneur, et la création du conseil représentatif du Grand Liban et l'organisation de ses compétences*

7- Directives communautaires

Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, *sur l'attribution de contrats de concession*, JOUE du 28 mars 2014, L94/1

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE du 30 avril 2004, L134/114

8- Divers

Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats publics rive et le droit communautaire de marchés publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004)

Commission des communautés européennes, *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, Bruxelles 12 avril 2000

Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, JOCE du 29 avril 2000, C 121/2

Instruction n° 10-029-MO du 7 décembre 2010 de la direction générale des finances publiques sur les conséquences de l'arrêt *Commune d'Olivet* : durée des délégations de service public, *Bulletin officielle de la Comptabilité publique*, décembre 2010

Communication CE, 29 avril 2000, n° 2000/C 121/02.

Demande n° 2373 du 15 juin 1995 adressée par la société concessionnaire de l'électricité de Zahlé au ministère de l'énergie concernant l'application de la loi de la suspension

Article 22 du pacte de la société des nations : « Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des États qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission... » <http://mjp.univ-perp.fr/>

Cahier de charge du 17 avril 1930 correspondant la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Bhamdoun

Cahier de charge du 10 décembre 1924 correspondant la concession de distribution de l'énergie électrique octroyée à la société d'éclairage de la ville de Zahlé.

Décision du Haut-commissaire n° 2642 du 3 juin 1924, Recueil des décisions du haut-commissaire français, n° 5, 1924, p. 209

IX- Travaux parlementaires

1- Loi n° 2009-179 du 17 février 2009

Sénat, séance du 21 janvier 2009, *JO S*, débats parlementaires du 22 janvier 2009, p. 616

2- Loi n° 2005-157 du 23 février 2005

Projet de loi n° 1058 *relatif au développement des territoires ruraux*, présenté au nom du premier ministre, Jean-Pierre RAFFARIN, par le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales, Hervé GAYMARD, *JO AN*, documents parlementaire, session ordinaire, 2003

Sénat, séance du 4 novembre 2003, *JO S* du 4 novembre 2003, débats parlementaires, compte rendu novembre 2003, p ?

Rapport n° 1333, fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n° 1058), *relatif au développement des territoires ruraux*, par M. Yves COUSSAIN, M. Jean-Claude LEMOINE, et M. Francis SAINT-LEGER, *JO AN*, documents parlementaires janvier 2004

Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 28 janvier 2004, *JO AN*, n° 12, jeudi 29 janvier 2004, débats parlementaires compte rendu intégral, janvier 2004, p. 1030

Rapport n° 251, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, *relatif au développement des territoires ruraux*, par M. Jean-Paul EMORINE et M. Ladislav PONIATOWSKI, *JO S*, session ordinaire de 2003-2004, documents parlementaires.

Sénat, séance du 18 mai 2004, *JOS* n° 44 mercredi 19 mai 2004, débats parlementaires, compte-rendu mai 2004, p. 3333

Sénat, séance du 27 janvier 2005, *JOS* du vendredi 28 janvier 2005, débats parlementaires, compte-rendu janvier 2005

Rapport n° 175, fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de Loi *relatif au développement des territoires ruraux*, par MM. Jean-Paul EMORINE, sénateur, Ladislav PONIATOWSKI, sénateur, Francis SAINT-LEGER, député, Yves COUSSAIN, député et Jean-Claude LEMOINE, député déposé le 3 février 2005, *JOS*, documents parlementaires, session ordinaire 2004-2005.

3- Projet de loi n° 3205, portant réforme de la politique de l'eau

Rapport n° 3500, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Daniel MARCOVITCH, *JOAN*, documents parlementaires, décembre 2001

Avis n° 3517, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi *portant réforme de la politique de l'eau*, par M. Yves TAVERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, décembre 2001

Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, 3^{ème} séance du 10 janvier 2002, *JO AN*, n° 3 vendredi 11 janvier 2002 débats parlementaires, compte-rendu, janvier 2002, p.308

4- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001

Rapport n° 3028, fait au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de Loi n° 2990 *Portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier*, par Mme Nicole BRICQ, *JO AN*, documents parlementaires, avril 2001

5- Loi n° 95-127 du 8 février 1995

Assemblée nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 15 décembre 1994, *JOAN*, n° 126 Vendredi 16 décembre 1994, débats parlementaires, compte-rendu, décembre 1994, p. 9166

6- Loi n° 95-101 du 2 février 1995

Rapport n° 4 fait au nom de la commission des affaires économiques et du Plan sur le projet de loi *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JO Senat*, documents parlementaires 1^{ère} session, 1994-1995.

Rapport n° 1722, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Senat, relatif au renforcement de la protection de l'environnement, par M. Jacques VERNIER, *JO AN* documents parlementaires 10^{ème} session, 1994

Assemblée nationale, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 9 décembre 1994, *JO AN* n° 120 samedi 10 décembre 1994, débats parlementaires, compte-rendu

décembre 1994, p. 8613

Rapport n° 190, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, modifié par l'assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jean-François LE GRAND, *JO Sénat*, documents parlementaires, 1^{ère} session 1994-1995.

Avis n° 206, présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Etienne DAILLY, Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, *JOS*, documents parlementaires, janvier 1995

Sénat, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, séance du 16 janvier 1995, *JO Sénat* n° 5 mardi 17 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu janvier-juillet 1995, p. 317

Rapport n° 1908, fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi, adopté avec modifications par le sénat en 2^{ème} lecture, *relatif au renforcement de la protection de l'environnement*, par M. Jacques VERNIER, *JO AN*, documents parlementaires, 10^{ème} session 1995

Assemblée nationale, deuxième session extraordinaire de 1994-1995, 2^{ème} séance du 18 janvier 1995, *JO AN*, n° 6 jeudi 19 janvier 1995, débats parlementaires, compte-rendu 10 janvier- 27 juillet 1995, p. 232

7- Loi n° 94-679 du 8 août 1994

Rapport n° 1349, fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de loi (n° 1281) *portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, par Gérard TREMEGE, *JOAN*, documents parlementaires, 10^{ème} session 1994.

8- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993

Rapport n° 2941, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de Loi (n° 2918) *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, par Yves DURAND, *JOAN*, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire 1992-1993.

Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 13 octobre 1992, *JOAN* n° 67 mercredi 14 octobre 1992, débats parlementaires, compte-rendu octobre 1992, p. 3600

Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 16 octobre 1992, *JOAN* n° 70 samedi 17 octobre 1992, débats parlementaires, compte-rendu octobre 1992, p. 3842

Rapport n° 61 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, par Christian BONNET, *JOS*, documents parlementaires, première session ordinaire de 1992-1993.

Senat, séance du 3 décembre 1992, *JOS* n° 93 vendredi 4 décembre 1992, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1992, p. 3626.

Rapport n° 100 (1992-1993), fait au nom de la commission mixte paritaire sur le projet de Loi relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, par Yves DURAND et Christian BONNET, déposé le 9 décembre 1992

Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 17 décembre 1992, *JOAN* n° 114 vendredi 18 décembre 1992, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1992, p. 7376

Rapport n° 153 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législations, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de Loi, adopté avec modifications par l'assemblée nationale en nouvelle lecture, *relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures*

publiques, par Christian BONNET, *JOS*, documents parlementaires 1^{ère} session 1992-1993.

Senat, séance du 19 décembre 1992, *JOS*, n° 103, dimanche 20 décembre 1992, débats parlementaires, compte-rendu décembre 1992, p. 4416

9- Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985

Rapport n° 2164, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 *relatif au développement et à la protection de la montagne*, Tome 1 présentation générale – examen des articles, par. M. Robert DE CAUMONT, *JO AN*, documents parlementaires, 2^{ème} session ordinaire de 1983-1984.

Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 8 juin 1984, *JO AN*, n° 58, Samedi 9 juin 1984, débats parlementaires compte rendu intégral, juin-juillet 1984, p. 3129

Rapport n° 40, fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, *relatif au développement et à la protection de la montagne*, par M. Jean FAURE, Tome I exposé général et examen des articles, *JOS*, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire 1984-1985.

Sénat, séance du 25 octobre 1984, *JOS*, n° 83, vendredi 26 octobre 1984, débats parlementaires, compte rendu octobre novembre 1984, p. 2806

Rapport n° 2456, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi n° 2006 *relatif au développement et à la protection de la montagne* modifié par le Sénat, par M. Robert de CAUMONT, *JO AN*, documents parlementaires, 1^{ère} session ordinaire de 1983-1984

Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 27 novembre 1984, *JO AN*, n° 121, mercredi 28 novembre 1984, débats parlementaires compte rendu intégral, novembre 1984, p. 6376

Rapport n° 120 fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, *relatif au développement et à la protection de la montagne*, par M. Jean FAURE, Tome

1, examen des articles, *JOS documents parlementaires*, 1^{ère} session ordinaire de 1984-1985

Sénat, séance du 14 décembre 1984, *JOS*, n° 116, samedi 15 décembre 1984, débats parlementaires, compte rendu décembre 1984, p. 4548

Rapport n° 170 (Senat) et n° 2526 (Assemblée nationale), fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi *relatif au développement et à la protection de la montagne*, par Jean FAURE (sénateur) et Robert DE CAUMONT (député), *JOS documents parlementaires*, 1^{ère} session ordinaire de 1984-1985

10- Loi du 15 juin 1907

Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Marcel REGNIER et plusieurs de ses collègues sur *la réglementation des jeux dans les cercles et les casinos de stations balnéaires, thermales et climatiques*, par M. Marcel REGNIER, Chambre des députés, séance du 7 mars 1907, annexe n° 820, *JO documents parlementaires* du 25 mai 1907, p. 221

Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi adoptée par la chambre des députés sur *la réglementation des jeux dans les cercles et les casinos de stations balnéaires, thermales et climatiques*, par Adolphe PEDEBIDOU, Sénat, séance du 23 mai 1907, annexe n° 125, *JO documents parlementaires*, du 20 octobre 1907, p. 109

X-Entretiens

Professeur Joseph CHAOUL, Ex ministre de la justice au Liban, ex président du Conseil d'Etat libanais, avis sur une résolution du problème des DSP au Liban, entretien du 5 aout 2014

Dr. Zouheir CHOKR, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien le 20/08/2012

Dr. Zouheir CHOKR, *Interprétation de l'article 89 de la constitution*, entretien privé le 15/02/2013

Dr. JABER Walid, juge au CE libanais, entretien le 09/07/2012

Dr. FATOUSH Nicolas, ex-ministre du Tourisme, entretien le 27/06/2012

M. BAROUD Mahmoud, le directeur de tutelle au ministère de l'énergie et de l'eau, commissaire du gouvernement à l'établissement de l'électricité du Liban, entretien du 10/07/2012

M. KHOURY Joe Issa, avocat de la société concessionnaire de l'électricité de Zahlé entretien le 26/08/2012

M. HAYEK Ziad, secrétaire général du conseil supérieur de la privatisation, entretien le 05/06/2012

XI- Jurisprudences

1- Tribunaux administratifs

TA *Châlons-en-Champagne*, 17 mars 2011, n° 0802454, *AJCT* 2011, p. 296

TA Caen, 2 mai 2006, n° 0500398, *Société des hôtels et casinos de Deauville*, *BJCP*, n° 47, septembre 2006, p. 286

TA Marseille, 6 juillet 2005, n° 053889, *Société SOMEDIS*

TA Grenoble, 8 novembre 2002, *Préfet de Haute-Savoie*, *BJCP* n° 27, 2003, p. 146

TA Toulouse, 25 octobre 2001, *Bonnet et Commune Castres*, *BJCP*, 2002, p. 161

TA Grenoble, 25 février 2000, *Préfet Haute-Savoie c/ Commune Chamonix-Mont-Blanc*, n° 99-2955, *BJCP*, n° 12, septembre 2000, p. 337

TA Nancy, 25 janvier 2000, *Feidt, Droit administratif*, n° 82, p. 15

TA Versailles, 6 janvier 2000, *Préfet Essonne c/ Vigneux-sur-Seine*, *BJCP* 2000, p. 216

TA Melun, 7 juillet 1999, *Préfet du Val-de-Marne et autres c/ Commune de Fontenay-sous-Bois*, *B.J.D.C.P.* 2000, n° 8, p. 71.

TA Dijon, 5 janvier 1999, *Sieur Roycourt*, *BJCP* n° 3, 1999, p. 295

TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet du Nord*, *BJCP*, n° 1, 1998, p. 72

TA. Grenoble, 31 janvier 1997, *M.T.P.*, 28 mars 1997, p. 46

TA Poitiers, 19 octobre 1995, *Préfet de la Charente-Maritime*, *CJEG*, 1996, p. 273

TA Bastia, 5 octobre 1995, *Préfet de la Haute-Corse*, n° 94758

TA Lille, 23 février 1995, *Préfet Nord*, *RFDA* 1996, p. 423

Tribunal administrative spécial libanais, du 15 décembre 1958, *Recueil AL CHIDIAC*, 1959, p. 13

2- Cours d'Appel

CAA Marseille, 15 mars 2013, n° 10MA01965, *Société ADPRY, Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2013, comm. 172

CAA Marseille, 4 février 2013, n° 09MA03533, *Commune Cannes, Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2013

CAA Nancy, 17 janvier 2013, n° 11NC00809, *Société Vivendi, Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2013

CAA Bordeaux, 10 mai 2012, *Commune de Seignosse*, req. n° 11BX01573

CAA Lyon, 3 novembre 2011, n° 10LY00536, *Société Veolia propreté*, *AJDA* 23 janvier 2012 p. 83

CAA Lyon, 12 octobre 2010, n° 08LY00118, *Commune Firminy, Contrats et Marchés public* décembre 2010, p. 36

CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, *Société Electricité Réseau Distribution France (ERDF), Contrats et Marchés publics*, novembre 2010, p. 39

CAA Marseille, 17 mai 2010, n° 08MA00148, *Ville Cannes, Contrats et Marchés publics*, n° 8, aout 2010

CAA Marseille, 9 avril 2009, n° 07MA02807, *Commune Orange, Droit Administratif*, n° 11, Novembre 2009

CAA Marseille, 7 avril 2008, n° 05MA01756

CAA Marseille, 25 juin 2007, n° 05MA00197, *Commune de Sanary-sur-Mer, AJDA*, 2007, p. 2165

CAA Marseille, 26 mars 2007, n° 04MA00412, *Commune Briançon, Contrats et Marchés publics*, n° 6, juin 2007, p. 29.

CAA Nantes, 18 mai 2007, *Société CURDEM*, req. n° 05NT01520

CAA Paris, 17 avril 2007, n° 06PA02278, *Société Kéolis, AJDA*, 2007, p. 1524

CAA Marseille, 18 décembre 2006, n° 03MA00679, *Communauté d'agglomération de Fréjus Saint-Raphaël*

CAA Marseille du 18 décembre 2006, n° 04MA01644 et 04MA01841, *Société crématoriums de France et Commune Aix-en-Provence, JCP A*, n° 23, 4 Juin 2007, 2138, p. 10

CAA Douai, 16 novembre 2006, n° 05DA00233, *Syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communauté urbaine de Lille*

CAA Lyon, 8 février 2005, n° 99LY00655, *Commune d'Auxerre-Sté Lyonnaise des eaux, Contrats et Marchés publics*, avril 2005, comm. 125, p. 26

CAA Lyon, 8 février 2005, n° 99LY00655, *Commune d'Auxerre*, et CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise, Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2005, p. 25

CA Beyrouth, 3^{ème} chambre, n° 1998, 25/11/2004, *Revue de la Justice*, 2005, n° 3, p. 506

CAA Paris, 10 juillet 2003, n° 01PA02303, *Société Sogeres*

CAA Marseille, 23 janvier 2003, *Commune de Six-Fours-les-plages, AJDA*, 2003, p. 1161

CAA Nantes, 13 novembre 2001, *Syndicat intercommunal des eaux de Port-de-Roche, BJCP* n° 23, 2002, p. 325

CAA Bordeaux, 25 octobre 2001, *Association Bessieraine contre la dégradation de l'environnement*, n° 01BX00920

CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, *Société auxiliaire de parcs, AJDA*, 2000, p. 956

CAA Bordeaux, 15 novembre 1999, n° 97BX02131, *MM. Savary et Teisseire, AJDA* 2000 p. 271

3- Conseil d'Etat

CE 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne [SAPP]*, n° 365043, *AJDA* 2013, p. 1271

CE, 21 décembre 2012, n° 342788, *Commune Douai, Rec*, p. 479

CE Lib, n° 218/2012-2013 du 20 décembre 2012, non publié.

CE, 4 juillet 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole et*

Société Veolia eau - Compagnie générale des eaux

CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, *AJDA* 2012, p. 573

CE, 24 février 2011, n° 337920, *Association des 40 millions d'automobilistes*, *Contrats et Marchés publics* 2011

CE, 21 février 2011, n° 337349, *Société Ophrys*, *Contrats-Marchés publics*, avril 2011, p. 36

CE Lib., 27 janvier 2011, n° 397, non publié

CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune Bordeaux / Société Les Nouveaux Golfs de France*, *JCP A*, n° 39, 27 septembre 2010, 2291, p. 28

CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune Chartres*, *Contrats et Marchés publics*, n° 4, avril 2010, p. 25

CE, section, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine de Versailles*, *AJDA*, 2010, p. 500

CE, 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba*, *BJCP* 2009, p. 470

CE, 5 juin 2009, n° 298641, *Société Avenance Enseignement et Santé*, *AJDA* 2009, p. 1129

CE, assemblée, 8 avril 2009, n° 271737, n° 271782, *Compagnie générale des eaux et Commune Olivet*, *Rec.* 2010, p. 117

CE, 4 février 2009 n° 312411, *Communauté urbaine Arras*, *JCP A*, n° 18, 27 Avril 2009, 2102, p. 27

CE, 15 décembre 2008, n° 312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, *Contrats et Marchés publics* n° 2, février 2009, p. 31

CE, 11 décembre 2008, *SA Hôtelière la Chaine Lucien barrière*, *RJEP* avril 2009, p. 13

CE, 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée*, *Rec.* 2008, tables p. 805

CE, 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodin*, *Rec.* 2008, tables, p. 805

CE, 11 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, *RJEP*, n° 655, Juillet 2008, p. 3

CE, ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Tropic*, *Rec.* CE 2007, p. 360

CE du 10 janvier 2007, n° 284063, *Société des pompes funèbres et conseillers funéraires du Roussillon*, *AJDA*, 2007, p. 636

CE, 20 octobre 2006, n° 287198, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, *Contrats et Marchés publics*, n° 12, Décembre 2006, p. 17

CE 9 aout 2006, *CGE*, *BJCP* n° 49, 2006, p. 448

CE, 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG et autres*, *Rec.*, p. 154

CE, 8 juin 2005, n° 255987 et n° 256200, *Sieur Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, *Contrats et Marchés publics* n° 9, Septembre 2005, p. 24

CE, 29 décembre 2004, n° 239681, *Société Socccram*, *Droit administratif*, n° 3, mars 2005, comm n° 35, p. 22

CE Libanais, 6 juillet 2004, n° 732/2003-2004, *Société électricité Aley/ l'Etat*, non publié

CE, 3 octobre 2003, n° 248523, *Commune de Ramatuelle*, *BJCP*, n° 32, janvier 2004, p. 50

CE 30 juillet 2003, *Compagnie générale des eaux*, *Lebon tables* p. 674

CE 28 mai 2003, n° 248429, *AP-HP*, *BJCP*, n° 30, septembre 2003, p. 390

CE 25 juillet 2001, n° 231319, *Syndicat des eaux de l'Iffernet*, *BJCP*, n° 19, novembre 2001, p. 530

CE libanais, 17 juillet 2001, n° 638/2001, *Société Libancell*

CE libanais, 17 juillet 2001, n° 639/2001, *Société FTML*

CE 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin de Re*, *BJCP*, n° 18, 2001, p. 415

CE 29 novembre 2000, n° 205143, *Commune de Paita*, *AJDA* 2001, p. 101

CE 7 avril 1999, n° 156008, *Commune Guilhaud-Granges*, *AJDA*, 1999, p. 517

CE Lib, 6 octobre 1996, Société Kadicha/ L'Etat libanais-ministère de l'énergie.

CE, 30 octobre 1996, n° 136071, *Wajs et Monnier*, *RFDA* 1997, p. 726.

CE, 30 septembre 1996, n° 156176, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, *Rec.* p. 355

CE Lib., du 9 mai 1996, n° 585/95-96, *maire de Jeita/ l'Etat*, non publié

CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône*, *Rec.* p. 137

CE Lib., du 28 novembre 1995, n° 108, *RJA*, 1997, Tome 1, p. 173

CE 20 Mai 1994, *Société le gardiennage industriel de la Seine et autres*, *Rec.*, tables, p. 1038

CE, 23 juillet 1993, n° 138504, *Compagnie générale des eaux*, *Rec.* 1993, p. 225

CE, du 4 février 1991 Ville de Caen, *Rec.* Tables p. 755

CE, 22 octobre 1990, n° 46600, n° 47893, n° 56430 et n° 57547, *Compagnie parisienne de chauffage urbain*, *RJF* 1990, n° 1437

CE, 26 février 1990, n° 84156, *Société Brambi Fruits*, *RJF* 1990, p. 311

CE, 24 janvier 1990, n° 64781, *Mme Martinetti*, *Gazette du Palais* 1990, 2 som. p. 542

CE, 9 novembre 1988, n° 79694, *Commune Piseux*, *Rec.* CE 1988, p. 397

CE Lib., n° 117 du 2 juillet 1987, *RJA* 1989, p. 196

CE 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, *Rec.* p. 153

CE 7 octobre 1986, *Société Missenard c/ OPHLM interdépartemental de la région parisienne*, *Rec. tables* p. 612

CE Lib., 6 octobre 1986, n° 130, *Société d'électricité Kadisha/ l'Etat*, *RJA* n° 3, 87-88, p. 171

CE Lib., 28 janvier 1982, *Bulletin judiciaire* 1987, p. 232

CE, 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-fleury*, *Rec.*, p.226

CE 16 mai 1976, *Epoux Leduc*, *Rec.* p. 252

CE 4 juillet 1975, *Société Générale technique, Lebon*, p. 509

CE, 14 février 1975, *Époux Merlin et autres*, *Rec.* 1975, p.110

CE Lib., 2 juillet 1969, n° 410, *Société d'électricité du Liban Nord/ l'Etat*, *Recueil administratif*, 1969, p. 175

CE, 25 mars 1966, *Ville de Royan*, *Rec.*, 1966, p. 237

CE Lib, 12 juillet 1963, n° 1134, *Recueil administratif* 1964, p. 39

CE, 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, *C.J.E.G*, 1961.J.175

CE, 3 mai 1961, *Société Entreprise Thomas Kotland et OPHLM Département Seine*, *Rec.* 1961, p. 290

CE 27 janvier 1960, *Société du Casino et des bains de mer de la ville de Dieppe*, *AJDA* 1960.II, n° 157, p. 188

CE, 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, *Rec.* p. 67

CE Lib., 21 novembre 1956, n° 551, *Recueil administratif* 1957, p. 36

CE, 19 juin 1935, *Lefebvre*, *Rec.*, p. 693

CE, 25 mai 1951, *Dobroukness*, *Rec.*, p. 291

CE, 31 juillet 1942, n° 64927, *Société X*, *Rec.* 1942, p. 241

CE, 27 novembre 1935, *Etablissement Descours*, *Rec.*, p. 1100

CE Lib., 27 mai 1935, n° 54, *Bulletin judiciaire libanais- Recueil des décisions du CE*,
Tome 3, p. 167

CE 23 juin 1933, *Lavabre*, *Rec.*, p. 677

CE, 28 juin 1918, *Société générale thermale et balnéaire*, *Rec.* 1918, p. 641

CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Lebon*. p. 125

CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Rec. CE* 1910, p. 216

CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, *Rec.*, p. 116

CE, 9 décembre 1898, *Compagnie Gaz Castelsarrazin*, *Sirery*. 1901, III, p. 40.

CE, 18 mars 1897, *Pagès*, *Rec.*, p. 234

CE, 20 juillet 1877, *Petit c. ville de Paris*, *Rec.*, p. 727

Recueil des décisions du haut-commissaire français, n° 5, 1924, p. 209

4- Cour de Cassation

C. Cass. Lib., chambre administrative, n° 21 du 20 décembre 1951, *Bulletin judiciaire*,
Tome 4, p. 383

5- Conseil Constitutionnel

CC Lib., du 3 juillet 2002, n° 2-2002, *JO* n° 40 du 11 juillet 2002, p. 4907

CC Lib., du 3 juillet 2002, n° 2-2002, *JO* n° 40 du 11 juillet 2002, p. 4907

CC, 20 mars 1997, n° 97-388 DC, *JO* du 26 mars 1997

CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Rec.* p. 21

CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, Saisine de 60 députés, site du CC

CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, Saisine de 60 sénateurs, site du CC

CC, 25 février 1982, n° 82-137 DC, *Droits et libertés des communes, départements et régions* *Rec.* p. 38

CC, 25 février 1982, n° 82-138 DC, *Statut particulier de la région de Corse*, *Rec.* p. 41

CC, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18

CC, 5 janvier 1982, n° 81-134 DC, *Loi autorisant le gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*, *Rec.* p. 15

CC, 23 mai 1979, n° 79-104 DC, *Territoire de Nouvelle Calédonie*, *Rec.* p. 27

6- Tribunal des Conflits

TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Esterel Cote-d'Azur*, *GAJA* 2013, n° 80, p. 552, *Rec.* p. 787

7- Cours Européennes

CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, *Contrats et Marchés publics*, Mai 2011, p.33

CJUE, 9 septembre 2010, affaire C-64/08, *Ernst Engelmann*, *Contrats et Marchés publics*, novembre 2010, p. 36

CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c/ Eurowasser*, *Rec. CJCE* 2009, I, p. 8377

CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, *Rec. CJCE*,

2008 I, p. 440.

CJCE, 2 juin 2005, aff. C-394/02, *Commission des Communautés européennes c/ République hellénique*

CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, Rec. CJCE, I, p. 10747

CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *BFI Holding*

CJCE, 25 avril 1996, affaire C-87/94, *Bus wallons*

TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmoend c/ commission*, aff. T-157/01

XII- Questions parlementaires

RM, Question parlementaire, n° 54421, *JO AN Q*, débats parlementaires 24 juin 2014, p. 5299

RM, Question parlementaire n° 36483, *JO AN Q*, débats parlementaires, 15 octobre 2013, p. 10907

RM, Question parlementaire n° 37116, *JO AN Q*, débats parlementaires, 15 octobre 2013, p. 10909

RM, Question parlementaire n° 22552, *JO AN Q*, débats parlementaires 23 avril 2013, p. 4567

RM, Question parlementaire, n° 20763, *JO S Q*, débats parlementaires, du 19 janvier 2012, p. 204

RM, Question parlementaire n° 119281, *JO AN Q*, débats parlementaires, du 17 janvier 2012, p. 532

RM, Question parlementaire n° 14903, *JOS Q*, débats parlementaires 12 mai 2011

RM, Question parlementaire n° 17054, *JOS Q*, débats parlementaires 17 mars 2011

RM, Question parlementaire, n° 121154, *JOAN Q*, débats parlementaires, 15 mai 2007, n° 121154, p. 4531

RM, Question parlementaire, n° 59615, *JOAN Q*, débats parlementaires, 16 août 2005, p. 7903

RM, Question parlementaire, n° 60013, *JOAN Q*, débats parlementaires, 13 août 2001, p. 4712

RM, Question parlementaire, n° 13236, *JO S Q*, débats parlementaires, 30 mai 1996, MTP, 30 août 1996, p. 194

RM, Question parlementaire, n° 33799, *JOAN Q*, débats parlementaires, 1^{er} avril 1996, p. 1778

RM, Question parlementaire, n° 7950, *JOAN Q*, débats parlementaires, 5 septembre 1994, p. 4488

RM, Question parlementaire, n° 15352, *JOAN Q*, débats parlementaires, 24 octobre 1994, p. 5294

RM, Question parlementaire, n° 07326, *JOS Q*, débats parlementaires, 22 décembre 1994, p. 3031

RM, Question parlementaire, n° 3976, *JOAN Q*, débats parlementaires, 20 septembre 1993, p. 3085.

XIII-Sites internet

<http://www.journal-officiel.gouv.fr/dae.html>

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.ccomptes.fr>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.senat.fr>

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.coagov.com>

<http://legallaw.ul.edu.lb>

<http://mjp.univ-perp.fr/>

<http://www.riob.org>

<http://www.ena.fr>

Al Mostashar (archives textes et jurisprudences libanaises)

Index

- adossment**, 258, 259, 261, 262, 264, 265, 267, 274, 485, 491, 495, 539
- affermage**, 38, 47, 62, 85, 86, 87, 100, 125, 129, 130, 135, 148, 152, 164, 183, 184, 186, 205, 207, 276, 279, 311, 332, 356, 395, 399, 415, 418, 421, 428, 429, 484
- amortissement**, 39, 42, 43, 48, 54, 68, 69, 70, 71, 73, 91, 93, 98, 106, 115, 120, 178, 184, 185, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 2012, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 230, 231, 233, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 258, 261, 262, 283, 284, 285, 287, 288, 291, 292, 312, 313, 319, 321, 323, 338, 339, 346, 349, 352, 354, 357, 358, 365, 369, 370, 371, 387, 388, 395, 399, 402, 405, 409, 414, 420, 421, 423, 428, 429, 430, 436, 436, 437, 438, 439, 445, 447, 450, 451, 452, 454, 455, 457, 458, 460, 461, 474, 476, 477, 478, 482, 484, 493, 499, 505, 513, 514, 515, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 525, 526, 527, 528, 529, 532, 533, 536, 540, 541, 548, 562, 565
- amortissement comptable**, 91, 195, 200, 213, 215, 217, 224, 240, 241, 242, 244, 245, 253, 254, 285, 288, 358, 436, 437
- amortissement de caducité**, 199, 201, 202, 203, 224, 283, 284, 285
- amortissement économique**, 91, 196, 197, 198, 369, 522
- amortissement financier**, 198, 199, 203, 213
- amortissement industriel**, 199, 242, 518
- autoroutes**, 220, 275, 296, 316, 331, 397, 398, 446, 479, 480, 481, 483, 484, 486, 487, 490, 491, 492, 494, 495, 499, 500, 501, 502, 503, 505, 510, 512, 513, 515, 516, 520, 524, 525, 527, 529
- avenant**, 69, 154, 156, 159, 161, 173, 176, 183, 184, 186, 188, 223, 252, 262, 264, 265, 274, 276, 289, 337, 339, 344, 345, 346, 347, 359, 350, 359, 384, 453, 454, 455, 453, 455, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 485, 486, 492, 497, 498, 502, 503, 504, 509, 543, 549
- Barnier**, 328, 340, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 350, 351, 356, 359, 361, 373, 386, 411, 412, 413, 423, 430, 432, 444, 451, 452, 556

BOT, 47, 87, 97, 136, 144, 294, 306,
308, 309, 314, 315, 316, 318, 382,
384, 491, 492, 527, 554

casinos, 48, 147, 353, 360, 361, 362,
363, 364, 365, 372, 386, 389, 402,
403, 404, 406, 408, 409, 411, 434,
440, 446, 510

clause, 26, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 43, 46,
54, 70, 71, 73, 74, 82, 94, 100, 101,
108, 123, 124, 125, 126, 127, 128,
131, 132, 133, 134, 141, 142, 144,
145, 155, 156, 157, 159, 160, 161,
162, 163, 165, 166, 175, 176, 206,
221, 222, 223, 225, 227, 228, 229,
230, 237, 238, 240, 242, 244, 245,
251, 254, 257, 263, 265, 284, 288,
289, 292, 293, 295, 305, 310, 317,
341, 348, 350, 359, 366, 374, 376,
409, 410, 416, 442, 446, 461, 462,
465, 466, 469, 476, 477, 478, 483,
491, 506, 507, 515, 516, 519, 520,
521, 523, 524, 525, 527, 528, 529,
530, 532, 533, 535, 557, 559, 560,
561, 562

collectivité, 26, 27, 29, 30, 35, 38, 41,
48, 49, 56, 58, 62, 64, 68, 70, 73, 78,
86, 88, 89, 90, 91, 93, 95, 98, 100,
102, 105, 107, 110, 114, 116, 117,
120, 124, 127, 131, 136, 137, 144,
147, 149, 150, 152, 153, 156, 162,
163, 165, 167, 169, 173, 175, 178,
179, 180, 182, 187, 190, 192, 197,
202, 203, 205, 207, 209, 212, 214,
220, 222, 224, 226, 230, 231, 236,
239, 241, 243, 245, 247, 255, 257,
262, 266, 269, 270, 276, 279, 280,
283, 286, 288, 290, 292, 320, 325,
327, 329, 332, 334, 337, 340, 343,
346, 350, 354, 358, 360, 363, 365,

367, 370, 372, 386, 388, 391, 398,
401, 402, 405, 406, 410, 412, 413,
417, 418, 419, 420, 421, 423, 424,
425, 426, 434, 436, 438, 440, 441,
442, 443, 447, 449, 450, 452, 457,
460, 465, 466, 467, 469, 473, 478,
481, 484, 488, 492, 496, 506, 511,
514, 517, 523, 534, 540, 544, 550

concession, 28, 31, 33, 37, 38, 39, 47,
49, 50, 53, 61, 62, 64, 68, 69, 71, 74,
75, 76, 78, 79, 82, 84, 86, 87, 92, 93,
97, 100, 101, 102, 112, 122, 123, 125,
126, 127, 129, 130, 131, 133, 135,
139, 142, 146, 147, 152, 154, 158,
161, 164, 167, 172, 180, 182, 186,
198, 201, 202, 206, 207, 209, 210,
214, 217, 220, 223, 224, 231, 232,
234, 236, 243, 254, 262, 263, 264,
275, 279, 280, 281, 283, 288, 294,
295, 296, 299, 301, 303, 306, 309,
311, 315, 327, 333, 334, 345, 349,
355, 361, 363, 375, 377, 379, 380,
381, 383, 386, 402, 403, 405, 406,
409, 411, 415, 420, 428, 437, 448,
454, 455, 456, 460, 466, 469, 475,
478, 480, 482, 484, 486, 488, 490,
492, 494, 495, 497, 499, 500, 501,
509, 511, 513, 515, 520, 524, 527,
528, 530, 537, 539, 546

concurrence, 31, 45, 51, 65, 68, 71, 73,
77, 89, 90, 92, 93, 94, 97, 98, 108,
109, 110, 112, 113, 116, 119, 120,
144, 146, 147, 148, 149, 150, 151,
157, 159, 162, 164, 170, 171, 173,
174, 175, 184, 188, 190, 197, 214,
227, 228, 241, 243, 244, 252, 261,
270, 271, 274, 287, 293, 294, 301,
332, 347, 373, 382, 397, 403, 406,
413, 416, 418, 422, 423, 427, 434,
437, 440, 456, 463, 465, 466, 470,
471, 472, 473, 474, 477, 483, 495,
497, 499, 509, 511, 513, 514, 519,
524, 526, 530, 531, 532, 535, 536,

- 539, 540, 543, 551, 552, 557, 562
- corruption**, 30, 34, 35, 43, 44, 45, 46, 52, 53, 55, 56, 63, 66, 67, 69, 72, 88, 89, 94, 96, 104, 105, 109, 110, 112, 120, 123, 142, 151, 165, 177, 179, 220, 233, 258, 260, 261, 320, 323, 326, 327, 330, 333, 334, 373, 385, 388, 391, 392, 393, 398, 414, 422, 429, 430, 441, 443, 444, 445, 446, 456, 480, 509, 539, 547, 552, 554, 558, 560, 563, 564, 565
- coût**, 93, 117, 164, 169, 171, 179, 195, 196, 199, 203, 210, 216, 217, 218, 224, 225, 227, 234, 250, 252, 253, 264, 265, 283, 292, 298, 305, 337, 339, 368, 372, 376, 377, 383, 425, 427, 428, 455, 469, 471, 477, 478, 483, 485, 495, 499, 513, 514, 516, 517, 520, 539
- délégrant**, 26, 37, 40, 68, 72, 73, 74, 101, 108, 111, 115, 117, 146, 148, 150, 161, 164, 166, 168, 177, 178, 181, 182, 184, 186, 192, 207, 208, 215, 222, 224, 227, 231, 233, 237, 238, 242, 245, 250, 252, 259, 265, 267, 269, 272, 276, 296, 307, 337, 346, 409, 424, 439, 454, 465, 466, 468, 471, 472, 477, 510, 520, 522, 525, 541, 545, 548, 552, 558, 565
- déléataire**, 26, 33, 38, 39, 40, 45, 56, 68, 69, 71, 73, 74, 79, 91, 93, 94, 98, 100, 101, 103, 109, 110, 111, 114, 115, 117, 124, 126, 127, 131, 132, 133, 142, 143, 144, 148, 150, 151, 155, 156, 160, 161, 164, 165, 168, 169, 171, 176, 177, 179, 181, 182, 184, 185, 191, 192, 196, 197, 201, 203, 206, 207, 208, 209, 211, 216, 218, 220, 222, 223, 225, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 244, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 255, 259, 263, 264, 265, 267, 272, 273, 277, 280, 281, 284, 285, 286, 288, 290, 291, 292, 296, 298, 300, 301, 303, 305, 307, 309, 311, 313, 315, 317, 319, 325, 329, 331, 340, 343, 345, 348, 350, 353, 354, 355, 357, 363, 365, 375, 378, 379, 395, 399, 409, 412, 416, 418, 419, 421, 423, 424, 425, 426, 428, 436, 437, 438, 448, 452, 454, 463, 465, 467, 468, 470, 471, 474, 476, 478, 484, 499, 510, 512, 514, 516, 517, 519, 521, 522, 525, 530, 532, 536, 541, 543, 545, 547, 548, 550, 552, 554, 557, 558, 565
- délégation de service public**, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 39, 41, 42, 43, 46, 50, 56, 59, 60, 62, 63, 66, 68, 71, 73, 74, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 118, 122, 123, 124, 131, 133, 135, 137, 138, 140, 142, 144, 149, 151, 154, 158, 163, 165, 171, 173, 175, 185, 188, 191, 198, 203, 217, 221, 234, 237, 243, 250, 252, 265, 272, 274, 276, 278, 289, 315, 320, 323, 325, 340, 344, 348, 350, 352, 357, 360, 362, 366, 373, 378, 386, 390, 399, 403, 405, 410, 412, 423, 426, 427, 437, 439, 445, 453, 460, 463, 464, 465, 468, 469, 470, 474, 476, 478, 479, 484, 488, 489, 490, 494, 495, 505, 506, 507, 524, 526, 535, 539, 541, 544, 550, 552, 557, 559, 563
- droits d'entrée**, 41, 73, 101, 157, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 222, 230, 231, 285, 286, 327, 335, 340, 341, 342, 343, 350, 351, 474, 477, 514

durée endogène, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 533, 536, 540, 542, 546

durée maximale, 36, 41, 42, 45, 50, 55, 70, 115, 143, 144, 147, 150, 241, 245, 246, 247, 326, 327, 329, 330, 333, 336, 337, 338, 344, 347, 348, 349, 350, 352, 353, 357, 360, 361, 363, 365, 366, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 383, 387, 390, 395, 396, 398, 400, 401, 403, 404, 407, 409, 410, 413, 414, 415, 419, 420, 422, 424, 426, 428, 429, 431, 435, 438, 440, 442, 444, 446, 448, 450, 453, 457, 459, 466, 478, 479, 486, 504, 508, 509, 510, 512, 525, 529, 534, 538, 547, 552, 555, 558

durée normale d'amortissement, 68, 69, 70, 192, 193, 201, 203, 204, 210, 211, 212, 214, 216, 218, 220, 230, 233, 240, 241, 244, 245, 248, 249, 250, 251, 253, 255, 258, 313, 346, 352, 387, 395, 414, 430, 436, 437, 452, 454, 461, 493, 520

durée plafond, 48, 150, 245, 248, 249, 328, 330, 331, 332, 335, 336, 337, 338, 367, 372, 373, 376, 384, 387, 389, 400, 402, 411, 414, 429, 436, 437, 440, 446, 450, 478, 511, 512, 526, 528, 556, 559, 563

durée variable, 50, 410, 508, 517, 518, 523, 528, 531, 532, 533, 536, 542, 547, 555, 556, 557, 558

eau, 25, 27, 28, 39, 40, 47, 61, 68, 73, 74, 84, 85, 86, 129, 164, 233, 264, 275, 276, 278, 285, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 338, 339,

341, 342, 344, 345, 349, 351, 352, 355, 356, 358, 359, 364, 372, 375, 376, 378, 385, 388, 389, 394, 395, 396, 397, 398, 401, 408, 410, 411, 412, 413, 415, 417, 419, 421, 422, 424, 426, 429, 431, 441, 449, 504, 508, 509, 511, 523, 537, 544, 548, 549

équilibre, 37, 38, 50, 53, 97, 134, 140, 147, 166, 175, 177, 183, 184, 186, 187, 195, 196, 207, 208, 225, 228, 229, 233, 234, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 247, 252, 253, 258, 280, 282, 285, 288, 299, 300, 301, 302, 316, 322, 324, 326, 347, 354, 366, 419, 420, 423, 424, 435, 463, 464, 467, 469, 471, 474, 477, 500, 501, 505, 506, 507, 512, 516, 518, 519, 523, 530, 538, 548, 554, 556, 558, 561, 564

gestion, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 41, 43, 44, 46, 58, 61, 66, 76, 77, 85, 86, 94, 97, 98, 100, 101, 102, 115, 125, 130, 134, 136, 140, 142, 154, 155, 157, 163, 172, 173, 175, 191, 193, 198, 204, 205, 207, 214, 215, 222, 229, 233, 234, 235, 247, 254, 270, 274, 295, 300, 305, 306, 307, 308, 311, 314, 321, 326, 332, 339, 340, 348, 352, 362, 369, 374, 376, 379, 380, 382, 385, 400, 411, 416, 423, 424, 427, 434, 438, 443, 445, 449, 463, 471, 476, 479, 489, 490, 494, 498, 506, 509, 511, 520, 540, 548, 550, 554, 556, 564

installation, 38, 46, 47, 72, 84, 92, 101, 105, 114, 127, 134, 152, 167, 190, 191, 196, 197, 200, 201, 205, 206, 208, 209, 210, 212, 214, 219, 229, 230, 239, 240, 242, 243, 245, 249, 252, 254, 261, 263, 272, 278, 279, 293, 297, 300, 305, 310, 312, 336,

- 344, 349, 351, 352, 355, 361, 364, 374, 376, 394, 399, 401, 418, 420, 421, 422, 427, 435, 437, 438, 446, 449, 451, 454, 469, 475, 477, 481, 494, 501, 504, 510, 513, 521, 524, 526, 531, 535, 537, 547. 552
- intérêt général**, 39, 67, 72, 108, 113, 116, 119, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 186, 235, 250, 251, 257, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 295, 296, 315, 317, 330, 347, 354, 361, 375, 396, 403, 416, 465, 532, 533, 534, 542, 560
- investissement**, 25, 26, 37, 38, 39, 41, 53, 60, 62, 65, 67, 68, 70, 72, 97, 99, 100, 107, 113, 116, 147, 149, 166, 168, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 191, 192, 194, 195, 197, 202, 204, 206, 208, 210, 214, 221, 224, 226, 230, 238, 240, 242, 243, 245, 248, 250, 251, 252, 258, 260, 263, 264, 271, 273, 275, 279, 282, 289, 290, 309, 317, 326, 337, 349, 351, 353, 355, 357, 365, 367, 376, 381, 383, 386, 394, 408, 417, 419, 421, 436, 439, 452, 454, 456, 458, 461, 464, 467, 469, 471, 474, 476, 477, 478, 480, 484, 493, 498, 505, 510, 513, 516, 519, 520, 524, 526, 528, 535, 537, 539, 542, 544, 547, 551
- libre administration**, 40, 57, 68, 87, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 113, 114, 115, 118, 177, 271, 336, 363, 364, 370, 374, 404, 405, 433, 434, 435, 436, 438, 492
- marchés publics**, 28, 29, 30, 49, 63, 64, 65, 67, 72, 83, 87, 88, 93, 96, 97, 100, 108, 164, 178, 227, 233, 259, 292, 317, 390, 463, 464, 466, 536, 543, 563
- prestations**, 37, 38, 68, 72, 97, 98, 117, 123, 131, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 167, 172, 177, 178, 179, 191, 206, 207, 208, 210, 221, 223, 226, 229, 240, 242, 259, 268, 273, 279, 282, 293, 309, 316, 324, 344, 349, 355, 357, 394, 418, 422, 427, 468, 472, 495, 501, 539
- prolongation**, 39, 40, 42, 44, 46, 49, 53, 68, 69, 71, 72, 74, 78, 96, 106, 114, 117, 155, 156, 160, 161, 163, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 181, 182, 184, 186, 189, 224, 251, 256, 257, 259, 260, 263, 266, 268, 269, 271, 273, 275, 276, 293, 294, 296, 298, 300, 302, 304, 305, 308, 309, 311, 314, 316, 319, 320, 336, 339, 344, 349, 354, 358, 365, 367, 371, 372, 375, 378, 383, 384, 394, 420, 435, 438, 443, 449, 452, 454, 464, 465, 467, 470, 472, 474, 476, 478, 480, 484, 491, 493, 497, 501, 504, 510, 512, 515, 523, 532, 537, 542, 546, 548, 553
- publicité**, 14, 48, 49, 52, 55, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 92, 95, 96, 101, 127, 128, 129, 131, 132, 145, 153, 154, 197, 226, 242, 276, 347, 472, 479, 505, 577, 580
- redevances**, 27, 31, 40, 72, 125, 164, 165, 167, 221, 223, 226, 229, 230, 252, 258, 279, 284, 285, 306
- remontées mécaniques**, 47, 264, 359, 360, 365, 366, 367, 369, 370, 371,

443, 445, 447, 448, 449, 450, 451,
454, 455, 456, 457, 458, 459, 460,
462, 464, 465, 466, 467, 475, 478,
503, 504, 508, 509, 510, 511

333, 334, 346, 372, 375, 384, 388,
390, 392, 396, 402, 411, 413, 416,
417, 420, 422, 425, 433, 436, 439,
446, 455, 462, 473, 499, 500, 522,
525, 530, 534, 535, 536, 538, 548,
551, 552, 556, 558, 563

Sapin, 32, 38, 40, 49 53, 57, 58, 59, 71,
72, 87, 88, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 99,
101, 116, 117, 119, 121, 123, 130,
144, 155, 156, 159, 160, 161, 162,
163, 164, 170, 171, 174, 178, 181,
187, 188, 189, 190, 191, 192, 193,
203, 205, 206, 210, 212, 213, 216,
219, 220, 227, 241, 243, 244, 248,
250, 254, 256, 257, 258, 260, 262,
263, 266 267, 275, 277, 278, 280, 285,
286, 287, 288, 295, 297, 317, 319,
322, 324, 326, 327, 328, 329, 339,
340, 341, 342, 344, 346, 349, 350,
356, 359, 363, 371, 385, 393, 394,
397, 403, 404, 405, 409, 411, 412,
436, 443, 444, 446, 447, 449, 450,
451, 452, 453, 454, 455, 463, 466,
467, 468, 470, 474, 476, 478, 492,
493, 503, 504, 523, 533, 534, 535,
536, 538, 539, 540, 561

tarifs, 38, 40, 42, 47, 69, 90, 105, 107,
126, 183, 185, 196, 216, 221, 222,
223, 224, 225, 226, 227, 228, 229,
233, 237, 238, 240, 241, 242, 244,
252, 273, 303, 347, 357, 365, 408,
424, 425, 451, 481, 482, 483, 484,
485, 490, 491, 492, 493, 498, 499,
500, 501, 505, 509, 513, 514, 515,
516, 517, 526, 529, 545, 549

transparence, 29, 34, 38, 41, 55, 57, 58,
63, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 87, 88, 89,
91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 105,
111, 113, 115, 116, 118, 119, 120,
143, 146, 150, 160, 163, 165, 169,
170, 174, 187, 189, 190, 213, 242,
256, 257, 258, 259, 271, 273, 286,
291, 300, 319, 322, 327, 330, 332,

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGE