

Depuis la refonte des directives communautaires sur les marchés publics en 2004, les contrats publics ont donné lieu à une activité normative incessante : réforme du Code des marchés publics, mise en place et réforme des contrats de partenariat, réforme inachevée des concessions d'aménagement... Il n'est pas étonnant que les « considérations générales » du rapport annuel du Conseil d'État de 2008 soient consacrées au thème du contrat.

Cette activité normative s'accompagne de phénomènes nouveaux que sont l'irruption des contrats publics dans le débat politique et le développement de principes constitutionnels applicables à la « commande publique ». Méthode d'administration, le contrat administratif est aussi et de plus en plus un enjeu économique.

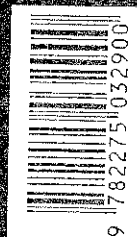
Ces évolutions fortes se déroulent sur une toile de fond qui est tissée en permanence par les textes et la jurisprudence, mais dont la trame est ancienne. Les règles générales, d'origine jurisprudentielle, ont un caractère de permanence, ce qui ne les empêche pas de s'adapter perpétuellement à la réalité administrative et économique par petites touches ou, parfois, revirements.

Le présent ouvrage s'efforce aussi bien de présenter une vision actuelle de la théorie générale du contrat qu'un exposé du régime des principaux contrats publics spéciaux.

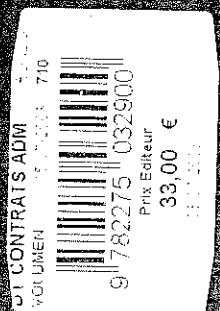
Y sont étudiés notamment les marchés publics, les conventions de gestion déléguée des services publics, les conventions d'occupation domaniale, les conventions de partenariat, les concessions d'aménagement.

Outil pour l'enseignement, ce manuel se veut porteur d'informations à jour des récentes réformes. Il est aussi le reflet d'une expérience et vise à apporter des réponses aux usagers du droit qui, en la matière, en sont aussi partiellement les auteurs.

L'auteur est professeur de droit public à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). Il exerce aussi une activité d'avocat spécialisé en droit public au Barreau de Paris.



ISBN 9782275032900



manuel

L. Richer DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

L.G.D.J.

Laurent Richer

N°70

# DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

6<sup>e</sup> édition

L.G.D.J.

extensoéditions

en tant que telle, étant donné d'une part que la résiliation d'un contrat nul est nulle par elle-même, d'autre part que le recours en annulation (lorsqu'il est possible à raison de la nature du contrat, cf. *infra*, n° 469) est sans objet (CE 20 octobre 2000, *soc. Citécable Est*, Rec. 457, RFD 200, 359, concl. Savoie). La question ne se pose donc vraiment que dans le cas de résiliation partielle et elle devrait évoluer sous l'influence des modifications affectant la théorie de la nullité à la suite de l'arrêt Tropic Travaux de 2007.

### c) L'indemnisation

358. Le pouvoir de résiliation unilatérale a pour contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le préjudice causé. Il s'agit là d'une application de la théorie générale de la responsabilité contractuelle sans faute pour fait du prince (cf. *infra*), mais, le juge ne fait application des principes généraux relatifs à la réparation du préjudice que sous réserve de clauses contractuelles valables.

Le cocontractant a le droit d'être indemnisé pour la perte qu'il subit du fait des achats qu'il a pu faire, des investissements qu'il a réalisés, etc. — *damnum emergens* — ; et, à condition de démontrer qu'il aurait réalisé un bénéfice, il a aussi droit à la réparation du gain manqué — *lucrum cessans* (V. p. ex. : CE 24 janvier 1975, *Clerc-Renaud*, Rec. 55 ; CAA Paris 25 avril 1996, *Soc. France 5*, Rec. 572).

Ces principes constants sont assez délicats à appliquer en matière de concessions de service public compte tenu à la fois de l'importance des dépenses qui peuvent être engagées et de la longueur des contrats. En ce qui concerne les investissements, le concessionnaire est indemnisé de la partie non amortie des biens qui reviennent à la collectivité publique (ex. : CE 27 février 1935, *Soc. des eaux et du gaz de Courtenay*, Rec. 256 ; CE 6 février 1981, *Commune de Saint-Georges-de-Didonne*, Rec. t. 812 ; CE 20 mai 1994, *Soc. Le gardiennage industriel*, req. 66377, Rec. 1038), les biens dits « de reprise » (cf. *infra*, n° 999) étant, quant à eux, normalement rachetés à leur valeur vénale. Le concessionnaire est également indemnisé pour les gains manqués. Dans la pratique contractuelle, qui remonte aux cahiers des charges de concessions de voies ferrées des années 1850, il est traditionnellement institué pour l'indemnisation du *lucrum cessans* une « annuité de rachat », dont l'objet est de « permettre au conces-

sionnaire de continuer à jouir après rachat, jusqu'à la fin de la concession, de bénéfices analogues à ceux qu'il retirait de celle-ci » (CE 20 mai 1952, *Gleize*, Rec. 268). Les clauses de rachat se réfèrent couramment pour calculer le gain manqué au « produit net moyen » d'années de référence, le produit net étant formé par l'excédent des recettes sur les seules dépenses d'exploitation (cf. concl. Saint-Paul sous CE 23 février 1906, *Cie gén. des eaux*, Rec. 175).

### d) Pouvoirs de l'administration et pouvoirs du juge

359. Par un arrêt du 20 avril 1956 (*Ville de Nice*, RDP 1956, 375, concl. Long ; AJDA 1956, 266, note P. Weil), le Conseil d'État a accepté de dire que la résiliation (sans faute) d'un contrat d'occupation du domaine public prononcée par une commune « sortira son plein et entier effet ». Cet arrêt a été interprété comme une consécration de la possibilité pour l'administration de renoncer au privilège du préalable en saisissant le juge d'une demande de résiliation. Il est vrai que les conclusions du commissaire du gouvernement incitent à une telle interprétation puisqu'on y trouve souligné le rôle particulier du juge du contrat, qui « joue presque un rôle d'arbitre ou même de collaborateur des parties », ce qui justifierait une dérogation à la jurisprudence Préfet de l'Eure (CE 30 mai 1913, S. 1915, 3, 39, note Hauriou), selon laquelle l'administration ne peut demander au juge d'ordonner une mesure qu'elle a le pouvoir de prescrire. On relève aussi que dans un cas où le contrat prévoyait que la résiliation était prononcée par le juge, il a été jugé que cette stipulation « ne fait pas obstacle à l'exercice par l'administration contractante du pouvoir qu'elle tient des règles générales applicables aux contrats administratifs de résilier unilatéralement le contrat pour des motifs d'intérêt général » (CE 16 février 1996, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers*, req. 82880). Le Conseil d'État ne dénie pas au juge, dans cet arrêt, le pouvoir de prononcer la résiliation concurremment avec l'administration.

En dépit de ces solutions, au demeurant équivoques, on voit mal comment il pourrait revenir au juge de résilier sur le fondement de motifs, qui pour être légitimes, n'en sont pas moins de pure opportunité.

En matière de résiliation pour motif d'intérêt général le juge administratif peut être saisi des conséquences de la résiliation, notamment des litiges relatifs à l'indemnité ; il peut vérifier la



Collection

N° 71

# Les conventions de délégation de service public

*Transparence et service public local*

Classiquement distincte du marché public, notamment en raison de son mode de rémunération, la convention de délégation de service public s'inscrit parmi les partenariats public-privé. Elle se différencie, toutefois, du contrat de partenariat créé par l'ordonnance du 17 juin 2004 qui ne permet pas de gérer un service public.

La gestion déléguée des services publics est une pratique ancienne qui a fondé une large partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs ». L'encadrement législatif et réglementaire des conventions de délégation de service public est, cependant, récent, puisqu'il a fallu attendre la « loi Sapin », du 29 janvier 1993, pour que le régime juridique applicable à ces contrats soit mieux défini, dans le souci d'assurer, avant tout, la transparence et de favoriser la mise en concurrence des candidats à la délégation.

Aujourd'hui, le contrat de délégation, de sa passation à son exécution, est soumis à un ensemble de règles, écrites et jurisprudentielles, issues tant du droit interne que du droit communautaire.

Le plan de cette deuxième édition suit les différentes étapes de la vie de la délégation de service public dans ses dimensions théoriques, pratiques et contentieuses.

*Claudie Boiteau est professeur de droit public à l'université de Poitiers. Elle est aussi coordinatrice de la revue Contrats Publics - Actualité de la commande et des contrats publics (Éditions du Moniteur).*

Claudie Boiteau - Les conventions de délégation de service public

# Les conventions de délégation de service public

*Transparence et service public local*

Nouvelle édition 2007



ISBN 978-2-281-12576-4

ISSN 1296-1507  
(Éditions du Moniteur)  
[www.editionsdumoniteur.com](http://www.editionsdumoniteur.com)

40 €

EDITIONS LE MONITEUR

DEXIA Editeurs

EDITIONS LE MONITEUR



GRUPE Imprimerie Nationale Éditions techniques

## II. Conséquences de la résiliation unilatérale du contrat

Expression de la théorie du « fait du prince », la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général justifie l'indemnisation intégrale du préjudice subi par le cocontractant. En conséquence, le délégataire a droit à être indemnisé du *lucrum cessans* (gain perdu) et du *damnum emergens* (pertes subies). Observons que la Cour de Strasbourg retient une position comparable en estimant qu'une telle résiliation doit obligatoirement se fonder sur une motivation objective et être accompagnée d'une compensation financière<sup>1</sup>.

Pour ce qui concerne le manque à gagner, celui-ci est généralement calculé au vu d'un « *produit net moyen* » d'années de référence, ce qui correspond à l'excédent de recettes sur les seules dépenses<sup>2</sup>. Si l'indemnité doit couvrir l'intégralité du dommage subi, elle ne doit cependant pas créer, au profit du cocontractant de l'Administration, une situation plus avantageuse que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.

Par ailleurs, le délégataire est indemnisé à hauteur de la valeur non amortie des investissements qu'il a financés<sup>3</sup>. S'agissant de biens de retour, l'indemnité est calculée en fonction de la valeur des équipements après déduction des amortissements, tandis que, pour des biens de reprise, est prise en compte la valeur vénale.

Il ressort, en outre, de la jurisprudence que le montant de l'amortissement est calculé en fonction de la date de la mise en service des différents équipements<sup>4</sup> et que la valeur non amortie des biens ne doit pas être supérieure à la valeur réelle des biens à la date d'indemnisation, la valeur réelle intégrant la dépréciation subie par les biens du fait, notamment, de l'usure<sup>5</sup>.

1. CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Strou cf Rép. hellénique*, DA, 1995, comm. n° 20.  
2. CE, 23 février 1906, *Compagnie générale des eaux*, Rec. CE, p. 175, concl. Saint-Paul.  
3. CE, 27 février 1953, *Société des eaux et du gaz de Courtenay*, Rec. CE, p. 256 ; CE, 6 février 1981, *Commune de Saint-Georges-de-Didonne*, Rec. CE, tables, p. 812.  
4. CE, 30 juin 1989, *Commune de Pralognan*, req. n° 55867.  
5. CE, 6 février 1981, *Commune de Saint-Georges-de-Didonne*, précité.

Les conventions de délégation de service public

## CHAPITRE II

# LES CONTRÔLES EXERCÉS SUR LE CONTRAT DE DÉLÉGATION

La transparence et l'efficacité de la gestion déléguée supposent une série de contrôles, à commencer par ceux exercés par la collectivité publique délégante qui ne peut jamais se désintéresser de la bonne marche du service public (section I). D'autres peuvent être le fait du juge, administratif (section II), financier (section III), voire pénal (section IV). Enfin, mention sera faite du contrôle particulier exercé par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (section V).

## Section I. LE CONTRÔLE DE LA COLLECTIVITÉ PUBLIQUE

Le principe du contrôle de la collectivité publique sur le gestionnaire du service public est, au moins par la doctrine, traditionnellement admis. Il n'est toutefois pas absolument certain qu'il constitue une « règle générale applicable aux contrats administratifs », la jurisprudence n'ayant jamais été, jusqu'ici, très affirmative sur cette question<sup>1</sup>. Le juge semble davantage appuyer les droits de la collectivité publique sur le contrat<sup>2</sup>. L'exercice d'un contrôle de la collectivité délégante restant essentiel, le législateur l'a rapidement consacré en imposant la production, d'une part, d'un rapport annuel par le délégataire (I) et, d'autre part, de divers rapports spécifiques (II).

1. CE, 5 novembre 1937, *Caire*, Rec. CE, p. 899 ; 7 novembre 1958, *Société Électricité et des eaux de Madagascar*, Rec. CE, p. 530, concl. Heumann.  
2. CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*, Rec. CE, p. 382.

L'exécution du contrat

## CHAPITRE 6 - LA RECHERCHE DE SOLUTIONS ALTERNATIVES A L'INCINERATION

Pour éclairer MPM sur les possibilités d'arrêter l'incinération, le présent audit s'est intéressé à deux axes de travail :

- La rupture du contrat de DSP
- L'arrêt de l'incinération et la construction de nouvelles installations

### I. LA POSSIBILITE DE RUPTURE DU CONTRAT

#### I.1. Possibilité d'une éventuelle rupture

##### I.1.1. Résiliation pour faute du délégataire

La résiliation de la convention de DSP pour faute du délégataire est possible.

Elle est prévue par l'article 40.1 de la convention de DSP qui stipule :

- " Sauf cas de force majeure, en cas de manquement grave du DELEGATAIRE à ses obligations contractuelles et notamment en cas :
- d'abandon ou de non réalisation des travaux,
  - d'absence de mise en service des ouvrages,
  - de cession de la présente convention sans autorisation du DELEGANT,
  - d'une décision du Tribunal de Commerce de prononcer la liquidation ou le redressement judiciaire de la société dédicée ou de son actionnaire principal, et ce, sous réserve de l'exécution des garanties apportées par les maisons mères,
  - de défaillance de la société URBASER SA dans la mise en œuvre de la garantie jointe à l'annexe n° A-3 de la présente convention. Par défaillance, il faut entendre le refus d'exécuter ces garanties ou une exécution seulement partielle après mise en demeure du DELEGANT par lettre recommandée avec accusé de réception.

le DELEGANT peut prononcer la résiliation de la présente convention pour faute grave du DELEGATAIRE, cette résiliation entraînant la déchéance du DELEGATAIRE au titre de la présente convention."

#### I.1.2. Résiliation unilatérale de la CUM

La résiliation unilatérale de la convention de DSP par le délégant (MPM) est également possible.

Elle est prévue par l'article 41.1 de la convention de DSP qui stipule :

" Eu égard aux prérogatives de puissance publique dont il dispose en sa qualité de personne publique, le DELEGANT peut résilier unilatéralement la présente convention pour motif d'intérêt général."

#### I.2. Conséquences d'une éventuelle rupture

Dans les deux cas de rupture envisagés précédemment, les conséquences financières sont prévues par la convention de DSP.

##### I.2.1. Pour faute grave du délégataire

L'article 40.3 de la convention de DSP stipule :

"Les conséquences financières de la déchéance sont à la charge du DELEGATAIRE, à l'exception de la valeur non encore amortie des ouvrages (biens de retour) ou, en cas de financement par crédit-bail, de l'exercice par le DELEGANT de l'une des trois facultés offertes par la convention tripartite visée à l'article 17.2.3. ci-dessus.

La valeur non amortie est la valeur nette comptable des ouvrages, (biens de retour) déduction faite des subventions, ou celle figurant au tableau des amortissements joint au contrat de crédit-bail, en cas de financement par crédit-bail.

Le DELEGATAIRE s'engage à régler des dommages et intérêts au DELEGANT, en réparation du ou des préjudice(s) subi(s) par ce dernier du fait de la défaillance du DELEGATAIRE, et selon l'état exécutoire, dûment justifié, établi par le DELEGANT.

Par ailleurs, il s'engage à restituer au DELEGANT, à la date de prise d'effet

de la résiliation, le solde disponible, à cette date, des provisions constituées pour le renouvellement des ouvrages."

### 1.2.2. Pour résiliation unilatérale de la CUM

L'article 40.3 de la convention de DSP stipule :

"Le DELEGATAIRE a droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi du fait de la résiliation pour motif d'intérêt général, décidée par le DELEGANT. Les indemnités dues sont calculées en tenant compte notamment :

- de la part non encore amortie des ouvrages (biens de retour), sauf succession dans les contrats de prêt ou de crédit-bail du DELEGANT ou d'un nouvel exploitant, et après déduction des subventions ;
- du montant des pénalités liées à la résiliation anticipée des contrats de prêt ou de crédit-bail, sauf exercice par le DELEGANT de l'une des trois options offertes par l'article 17.2.3 de la convention tripartite ;
- des frais liés à la rupture des contrats de travail, consécutivement à la résiliation unilatérale, sauf reprise du personnel du DELEGATAIRE par le DELEGANT ou un nouvel exploitant ;
- de la valeur de rachat des stocks et approvisionnements, nécessaires à la marche normale de l'exploitation ;
- du manque à gagner, sur la période restant à courir, calculé en prenant en compte la moyenne des cinq dernières années d'exploitation, multipliée par le nombre d'années restant à courir jusqu'à la fin de la présente convention, et ce afin de déterminer le produit net annuel moyen.

Les indemnités sont fixées à l'amiable et, à défaut, à dire d'expert, de manière qu'aucun chef de préjudice ne fasse l'objet d'une double indemnisation.

Elles sont réglées au DELEGATAIRE dans un délai de douze mois à partir de la prise d'effet de la résiliation.

Par ailleurs, le DELEGATAIRE s'engage à restituer au DELEGANT, à la date de prise d'effet de la résiliation, le solde disponible, à cette date, des provisions constituées pour le renouvellement des ouvrages."

### 1.3. Conclusion sur la rupture

**Dans les deux cas de rupture, la partie non encore amortie des ouvrages doit être remboursée aux banquiers.**

L'ouvrage mené à son terme devrait coûter à Evéré environ 440 M€ HT (330 M€ d'ouvrage initial actualisé et 110 Millions d'euros de travaux supplémentaires en valeur Février 2010).

Comme on l'a vu plus haut, MPM n'acceptera d'en prendre en charge que les travaux initiaux actualisés et une partie des travaux supplémentaires, soit en valeur Février 2010, environ 405 à 410 millions d'Euros HT.

Or, en cas de rupture, la part non encore amortie des ouvrages, c'est la totalité du prix de la partie d'ouvrage déjà réalisée à la date de rupture.

Comment faut-il l'entendre ? : est-ce une partie (par exemple 85 %) des 440 millions d'euros dépensés ou la même partie (par exemple 85 %) des 410 millions d'euros acceptés.

Quoi qu'il en soit, la part non amortie de l'ouvrage représentait fin Octobre 2008 environ 360 Millions d'Euros entre les dépenses réalisées et les dépenses engagées.

A la date de production du présent audit, cette somme atteint environ 380 Millions d'euros.

Elle atteindra environ 400 Millions d'Euros à l'échéance de tout délai de dénonciation de la Convention.

C'est la somme probable qu'aura à payer MPM pour rompre la délégation.

Si la rupture ne peut pas être prononcée pour faute et qu'elle doit être unilatérale, cette somme sera augmentée de 40 à 100 Millions d'Euros au regard des dispositions de l'article 40.3 rappelé ci-contre.