

En ces temps de crise, les collectivités peuvent se demander si les entreprises titulaires de DSP vont survivre. En cas de défaillance, pourront-elles céder leur DSP à d'autres entités économiques ? Oui, répond le droit, mais pas à n'importe quelles conditions.

➤ **Nathalie Vinci** – Directrice adjointe des affaires juridiques, Nice Côte d'Azur
nathalie.vinci@nicedazedur.org

DSP : face à la crise

« **L**e géant de l'eau a vu son cours en bourse décrocher de 70 %. Les investisseurs et les actionnaires salariés sont inquiets ». Voilà un titre que les autorités délégantes peuvent lire dans la presse et qui fait prendre conscience que la crise financière peut aussi toucher ce qu'il considérait comme intouchable et a priori également les entreprises plus faibles. Aussi, la question se pose de savoir quelle attitude doit adopter la collectivité qui a, par contrat de délégation de service public, confié la gestion de son service public à une entreprise susceptible d'être frappée de plein fouet par la crise financière.

Cession ou pas ?

La solution de la cession de contrat face à une entreprise défaillante ne se fait pas à n'importe quelles conditions.

Les conventions peuvent être cédées à un tiers avec l'autorisation de l'autorité délégante

En effet, il paraît difficile d'occulter le domaine particulier des conventions de DSP, qui sont plus que toute autre convention de droit public assujetties à l'obligation d'exécution personnelle en raison de l'*intuitu personae* qui les caractérise. Le Conseil d'État a admis, dans un arrêt du 29 décembre 1995, que les conventions peuvent être cédées par le délégataire à un tiers, avec l'autorisation de l'autorité délégante¹. Par ailleurs, même si la cession, qui ne peut être que totale, réalise une novation juridique du contrat initial, même non expiré, et donne naissance à une nouvelle convention entre l'autorité

délégante et le nouveau délégataire, les contrats de délégation n'en restent pas moins soumis au principe de l'effet relatif applicable à toute convention quelle qu'en soit la nature.

Longtemps, dans l'attente d'une décision du juge, on s'est divisé sur la question de savoir si la cession devait être précédée d'une mise en concurrence ou relever d'un simple avenant portant autorisation de cession de l'autorité délégante. Une première tentative de réponse a été apportée par une

réponse ministérielle² venant conforter la solution, applicable a contrario aux DSP, déduite par la doctrine d'une jurisprudence ancienne du Conseil d'État qui semble admettre que la cession d'un marché de travaux publics au motif que le marché concerné relève d'une hypothèse où la mise en concurrence ne s'impose pas³.

Les conditions de la cession de la DSP

Il ressort de la réponse ministérielle concernée que la procédure de mise en

LES CONSÉQUENCES DE L'INTUITU PERSONAE

« Les délégations de service public sont conclues selon le principe de l'*intuitu personae*. [...] La cession d'une délégation remet en cause l'*intuitu personae* puisqu'elle consiste à transférer à un tiers l'exploitation même du service, objet de la délégation. Compte tenu des modifications apportées à un élément essentiel du contrat initial, il convient d'examiner si le transfert peut intervenir par voie d'avenant avec ou sans remise en concurrence ou s'il justifie la passation d'un nouveau contrat. Avant l'entrée en vigueur 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, la jurisprudence du juge administratif a reconnu la possibilité d'une telle cession par voie d'avenant sous réserve qu'elle soit autorisée au préalable par l'autorité concédante (CE, 20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ville de Langres). [...] La cession n'était en effet soumise à aucune règle de forme particulière dans la mesure où la délégation

initiale n'était, elle-même, encadrée par aucun texte spécifique. La loi du 29 janvier 1993 [...], précise qu'elles (les DSP) sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Les dispositions de la loi [...] ne comportent cependant aucune indication quant à la cession par le délégataire des droits et obligations résultant d'une convention de délégation de service public. Même si aucune jurisprudence n'est à ce jour venue préciser le droit sur ce point, le simple agrément du nouveau délégataire ne semble plus satisfaire au parallélisme des formes depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993. Il apparaît (...) préférable que la collectivité locale délégante respecte la procédure de publicité et de mise en concurrence en cas de cession [...]. Un premier cas particulier concerne l'hypothèse où l'entreprise délégante fait l'objet d'un changement d'actionnaire majoritaire. D'un point de vue formel, l'*intuitu personae* n'est pas directement remis en cause puisque la personne morale

concurrence ne serait pas nécessaire dans deux cas :

- la cession d'une convention de DSP, par le changement de ses actionnaires de contrôle : ce dernier n'emportera en effet aucune conséquence sur l'exécution du contrat puisque son titulaire reste le même ;
- celui d'une cession résultant d'une réorganisation propre à une entreprise (transfert des activités d'une entreprise mère à l'une de ses filiales), sans autre changement de caractéristiques de la délégation.

La cession donne naissance à une nouvelle convention avec le nouveau délégataire

Dans ces deux hypothèses, la cession ne pourra néanmoins être effectuée qu'après accord préalable de l'autorité délégante⁴. La question de la nécessité ou non d'une mise en concurrence en cas de cession d'une DSP a finalement été traitée par la Haute Juridiction dans un avis important du 8 juin 2005. Cet

avis pose les principes suivants :

- la cession d'une DSP peut intervenir sur une simple autorisation préalable du cocontractant public sans qu'il soit nécessaire de mettre en place une procédure de mise en concurrence de plusieurs candidats en cas de « reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du contrat » à des hypothèses de fusion, scission ou absorption, de transmission de patrimoine ou de cession d'actifs ;
- en revanche, une procédure de mise en concurrence est requise en présence d'opérations de transformation de la forme juridique d'une société, les prises de contrôle, les modifications statutaires ou les transferts massifs d'actions.

Dans ces différents cas de figure, le Conseil d'État a estimé qu'il y a cession à un nouveau titulaire et que, dès lors : « Si, en revanche, la cession à un nouveau titulaire ou la disparition du titulaire initial, à la suite d'opérations de restructuration, aboutissant à la création de sociétés nouvelles, lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est en droit de refuser son autorisation de cession. Si le cédant, ne croit pas devoir en poursuivre l'exécution ou s'il a disparu, le marché ou la délégation peut, ou même doit, être résilié et un nouveau contrat ne peut être passé que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, telles que posées par le Code des marchés publics et par la loi susvisée du 29 janvier 1993 ». ■

cocontractante de la collectivité reste la même. La cession d'actions n'est donc pas soumise à autorisation préalable de la collectivité délégante. Néanmoins (...) la modification de la composition du capital du délégataire autorisait l'autorité délégante, à raison des risques de conflits d'intérêts, à regarder son cocontractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la délégation lui avait été accordée et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de la convention, [...] (CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc). Par ailleurs, les cessions de contrat peuvent s'inscrire dans le cadre d'une réorganisation propre à une entreprise et conduire notamment au transfert de celle-ci à une de ses filiales sans autre changement des caractéristiques de la délégation. [...], sous réserve de l'appréciation souveraine du juge et sous réserve d'un examen plus précis d'un éventuel cas d'espèce, une telle opération pourrait être examinée avec l'accord de l'autorité délégante si elle s'opérait par « adhésion » de la filiale au contrat initial, la société mère demeurant partie au contrat et garante de sa bonne exécution jusqu'à son terme [...] »
Réponse à M.P. Micaux, JOAN question écrite n° 24748 du 12 avril 1999, p. 2243.

1. CE, 29 décembre 1995, n° 149-463 GIE Penamax, Sté Métallurgique Le nickel-SLN à propos d'une concession minière et de service public.
2. QE n° 24748 du 12 avril 1999, JOAN p. 2243.
3. CE, 11 juillet 1939, Thouana n° 56.860 et 56.861, Rec. CE p. 468.
4. CAA Marseille, 18 juin 1998, n° 97MA00677, Sté de développement du Val d'Allos, BJCP 1999 n° 2 p. 171 ; CE, 4 juin 1999, SARL Maison Dulac n° 155825 et 160390, BJCP n° 6 p. 558.
5. CE, avis 8 juin 2000, n° 364803.

DOC↓DOC

À TÉLÉCHARGER

Sur www.lettreducadre.fr/base-juridique.html
- CE 29 décembre 1995, n° 149-463 - CAA Marseille, 18 juin 1998, n° 97MA00677.
- CE, 4 juin 1999, n° 155825 160390 BJCP.
- CE, avis 8 juin 2000 n° 364 803.

POUR ALLER PLUS LOIN

« La délégation de service public », un ouvrage de Territorial Éditions. Sommaire et commande sur <http://librairie.territorial.fr> rubrique « Essentiel sur ».

À LIRE

Sur www.lettreducadre.fr
« Crise : comment limiter les dégâts ? », *La Lettre du cadre territorial* n° 368, 1^{er} novembre 2008.
« Crise financière : une chance pour les collectivités ? », *La Lettre du cadre territorial* n° 367, 15 octobre 2008.

POUR SE FORMER

Réussir la mise en place d'une DSP,
Mardi 9 juin à Paris
Contact : carole.dellarovere@territorial.fr