

# Lamy Droit public des affaires

ACTUALITÉS

## → CHRONIQUE

### Les droits d'entrée sont morts (ou presque) dans les DSP, vive les droits d'entrée !

Avec le régime juridique mis en place au cours des années 90, nous pouvions penser que, en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, les droits d'entrée seraient un mauvais souvenir dans les DSP. La pratique nous montre qu'il n'en est rien. Ils réapparaissent avec force et vigueur en s'accompagnant de risques juridiques et financiers.

► **Jean-Baptiste VILA**,  
*Docteur en Droit public,*  
*TACIP, Institut Maurice Hauriou,*  
*Université Toulouse I Capitole,*  
*ATER Université Limoges*  
*CRFPA Midi-Pyrénées*

La question des droits d'entrée en matière de délégation de service public (DSP) a toujours soulevé de nombreuses questions (voir *Rapp. Bouchery, Prévention de la corruption et transparence économique, Doc. fr., 1993*). Parmi les plus importantes, nous retrouvons celle du sens précis à attribuer à cette notion. En effet, les incertitudes quant à la notion de droits d'entrée étaient nombreuses puisque ni le juge, ni le législateur ne se sont saisis avec précision de cette question. Même si cela n'a pas toujours été le cas, la doctrine a, ici, pu le faire en proposant des éléments de définition qui ont contribué à l'appréciation *in concreto* des droits d'entrée par le juge administratif.

Aussi, nous pouvions légitimement nous attendre à ce qu'aucun nouveau débat ne réapparaisse sur cette question ou encore que la pratique des droits d'entrée soit cantonnée aux secteurs où la nature du service public (SP) délégué le permette aux parties au contrat. Pourtant, force est de constater qu'il n'en est rien. Au-delà de leur utilisation souvent dérivée dans la

pratique, des confusions sont régulièrement réalisées sur cette question épineuse, de sorte qu'il convient, avant d'envisager tous les enjeux inhérents à ce mécanisme (II), de présenter, à nouveau, le régime juridique des droits d'entrée afin de clarifier la situation et de cerner les confusions à éviter (I).

## SOMMAIRE

Chronique .....	1
Les droits d'entrée sont morts (ou presque) dans les DSP, vive les droits d'entrée !	
<b>ACTUALISATION DE L'OUVRAGE</b>	
► Organisation et fonctionnement des services du Défenseur des droits .....	6
► Indemnités quasi-contractuelles et nullité du contrat .....	6
► Le « nouveau » Code général de la propriété des personnes publiques .....	8
► Contravention de voirie routière – Engagement de poursuites par le maire .....	9
► Annulation d'un marché public différée dans le temps .....	10

N° 163

décembre

2011

ISSN 1279-8452

Ce bulletin actualise  
votre ouvrage entre  
deux éditions

Pour vous abonner  
à l'ouvrage  
et à son actualisation,  
contactez-nous au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

www.wkf.fr



Lamy

une marque Wolters Kluwer

### I. Le régime juridique classique des droits d'entrée dans les DSP

Initialement, les droits d'entrée étaient utilisés par les candidats à une DSP pour obtenir – littéralement acheter – le contrat. D'ailleurs, c'est en ces termes que leur usage classique de l'époque est aujourd'hui caractérisé. Ils sont appréhendés comme « des droits "d'entrée" ou "d'usage" que les titulaires de délégation doivent payer à l'autorité délégante pour pouvoir contracter avec elle » (Lamy Droit public des affaires, 2011, n° 405 ; Raymondie O., *Gestion déléguée des services publics*, Le Moniteur, 1995, p. 264 ; Devès C., *Les droits d'entrée dans les délégations de service public*, AIDA 1996, p. 631). À l'époque la DSP avait un prix à payer, il revenait au cocontractant choisi de s'en acquitter. D'ailleurs, l'opération pouvait s'avérer extrêmement lucrative et intéressante pour l'autorité délégante. En effet, la somme ainsi versée venait souvent abonder son budget général et, par conséquent, amoindrir le poids de la dette publique. De nombreux exemples en matière de contrats de DSP de l'eau, signés peu de temps avant ou après la réforme de la loi Sapin

## Les droits d'entrées sont constitués de tout versement prévu par le contrat qui n'est pas la contrepartie d'une prestation prise au sens large ou la prise en charge précise d'une dépense.

(L. n° 93-122, 29 janv. 1993, JO 30 janv.), sont à constater et ont permis une diminution significative de la dette publique de certaines collectivités territoriales. Le principe de non-affectation des recettes aux dépenses, cher aux finances publiques nationales et locales, conduisait ainsi à rendre opaque l'utilisation de ce produit. Certains membres de la doctrine ont d'ailleurs critiqué très tôt le recours pur et simple aux droits d'entrée (Terneyre Ph., *La vénalité de la réglementation économique*, JCP E 1995, suppl., n° 3). Ceci s'expliquait par le fait que ce prix, versé par le cocontractant, n'était pas nécessairement affecté au SP délégué alors même que, en tant que charge du cocontractant, il venait impacter les tarifs pratiqués sur les usagers ; ces derniers se retrouvant à payer une quote-part incluse dans le tarif ne correspondant pas à une prestation ou à une dépense du délégataire en lien direct avec le service.

C'est précisément ce phénomène qui a conduit, d'une part, le législateur et, d'autre part, le juge administratif à réagir, à sanctionner dans certains cas et à réglementer pour les autres la pratique des droits d'entrée (CE, 31 janv. 1986, n° 39476, *SIVOM de la région d'Aigues-Mortes*, Rec. CE 1986, p. 24). En effet, la loi dite Barnier a – pour l'avenir seulement et on peut certainement le regretter – interdit leur utilisation pour les contrats de délégation portant sur les SP de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets (L. n° 95-101, 2 févr. 1995, JO 3 févr.). Ceci n'a pourtant pas empêché les parties à de tels contrats d'y avoir recours et, de facto, d'être sanctionnées par le juge administratif (voir, avant la loi Barnier, TA Lyon, 30 déc. 1993, n° 90-02551, *Paul Chomat et autres*, RFD adm. 1995, p. 699, concl. Boucharrot ; par la suite voir la célèbre affaire Stéphanoise des eaux : CE, 30 sept. 1996, nos 156176 et 156509, *Sté Stéphanoise des eaux et Ville de Saint-Etienne*, Rec. CE 1996, p. 355). Leur survivance explique d'ailleurs très certainement que la Haute juridiction administrative ait été amenée à rendre un avis à leur sujet dix ans après leur encadrement (CE, avis, sect. *Travaux publics*, 19 avr. 2005, n° 371234, *EDCÉ 2006*, p. 197). Elle énonce ainsi que les droits d'entrée – au-delà du prix à payer pour se voir attribuer le contrat – peuvent intégrer de manière légale l'indemnité versée au délégataire sortant pour la part non-amortie des investissements qui sont réintégrés dans la sphère publique, mais ne peuvent en aucun cas, sauf à être sanctionnés, correspondre à l'indemnité versée au délégataire du fait d'une faute de l'autorité délégante.

Pour autant, ni le législateur, ni le juge administratif, dont ce n'était pas la fonction, n'ont défini précisément cette notion des droits d'entrée et déterminé ainsi, de facto, dans quelles mesures leur utilisation est légale ou non. Certes, différentes décisions nous donnent des précisions utiles. Mais il faudra attendre un travail de la doctrine – sans gager de sa mise en œuvre juridictionnelle – pour en saisir les contours. Or, en la matière, force est de constater une absence d'uniformisation malgré la persistance de certains éléments.

Dans une acception plutôt fermée, les droits d'entrée sont appréhendés de manière restreinte et renvoient au versement unique et forfaitaire effectué par le titulaire du contrat avant le début de son exécution et qui ne constitue pas la contrepartie d'une prestation ou d'une dépense assumée par la personne publique et transférée au délégataire (Boiteau C., *Les conventions de délégation de service public*, Le Moniteur, 2007, p. 153). Appréhendés de manière plus large dans une seconde acception, et représentant mieux la réalité concrète de leur pratique dans les DSP, les droits d'entrées sont constitués de tout versement prévu par le

contrat qui n'est pas la contrepartie d'une prestation prise au sens large ou la prise en charge précise d'une dépense (Richer L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2008, 6<sup>e</sup> éd., n° 972, p. 589).

Malgré une frontière relativement mince entre les diverses définitions doctrinales, il en ressort des caractéristiques communes pour que les droits d'entrée ne soient pas sanctionnés dans le cadre d'une DSP. Ils doivent, pour ce faire, respecter certaines conditions de forme et de fond. Sur la forme d'abord, ils ne peuvent être utilisés que dans le cadre de DSP autres que l'eau, l'assainissement, les ordures ménagères et autres déchets. Au surplus, lorsqu'ils sont utilisés dans les autres cas par les parties, leur mode de calcul doit être justifié. Aussi leur objet, leur montant, mais aussi leur modalités d'établissement doivent être, dans la mesure du possible, précisés dans le contrat lui-même (CE, 14 janv. 1998, n° 161091, Porelli, Rec. CE 1998, p. 10, BJCP 1998, n° 1, p. 51, concl. Savoie, obs. Schmartz). Sur le fond ensuite, ces droits d'entrée ne doivent pas avoir pour effet, pour le délégataire, de prendre en charge des dépenses ou des prestations étrangères par nature au service public délégué, tel que le financement de biens sans lien avec le SP en question (CE, 30 sept. 1996, n° 156176, Sté Stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne, préc.).

Nous le comprenons, leur utilisation est soumise à un régime strict. Pour autant, et depuis leur encadrement, une question des plus essentielles demeure. Elle consiste à se demander si l'utilisation de ces droits d'entrée perdure soit dans des secteurs où ils sont interdits, soit sans en respecter le régime dans les SP où ils sont tolérés. La réponse à cette question est sans appel. Différents cas concrets montrent que, malgré les dispositifs mis en place depuis 1993, leur pratique demeure dans ces deux hypothèses. Ce phénomène s'explique à n'en pas douter par le glissement opéré d'un point de vue conceptuel et concret sur cette notion et ce qu'elle peut recouvrir.

En effet, le cas d'une DSP (pour une activité tolérant ou non le recours aux droits d'entrée) où les frais de premier établissement ont essentiellement été financés par l'autorité délégante qui en supporte le coût (emprunt) et qui souhaite le transférer au délégataire grâce à un versement échelonné, sur la durée du contrat, de droits d'entrée n'est pas hypothétique. Divers contrats, actuellement en cours d'exécution, permettent de le constater. Or, si le contrat en question a donc été conclu sous la forme de l'affermage, le versement de ces droits d'entrée est, d'une part, illégal et, d'autre part, permet d'avoir recours à une concession déguisée.

Un autre cas de figure atteste de cette transformation moderne des droits d'entrée. Dès lors qu'il est acté que des

droits d'entrée peuvent valablement correspondre au montant de l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non-amortis (CE, avis, sect. Travaux publics, 19 avr. 2005, n° 371234, préc.), l'autorité délégante doit obligatoirement en préciser le montant exigé au moment de la mise en concurrence afin de respecter le principe d'égalité de traitement (CAA Bordeaux, 23 mai 2006, n° 03BX00062, Assoc. Fourras Environnement Ecologie, RLC 2006/9, n° 645, comm. Clamour G. ; en matière de concession hydraulique, ils doivent même figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence, voir D. n° 2008-1009, 26 sept. 2008, JO 28 sept.). Non seulement différents cas concrets montrent que ce lien de cause à effet entre la précédente délégation et le nouveau contrat n'est pas toujours respecté, mais au surplus la question d'un éventuel traitement d'un « sur-amortissement » du délégataire sortant n'est pas traitée. Pourtant, l'indemnité et, de facto, le montant des droits d'entrée devraient alors être diminués. Ceci aurait pour effet d'abaisser la durée de la nouvelle convention et d'en rationaliser l'équilibre économique.

Au final, ces problèmes résultent à n'en pas douter de la complexité et des situations très différentes que peut recouvrir l'utilisation des droits d'entrée, mais aussi des risques post-modernes qui en résultent.

## Le second risque principal est d'institutionnaliser des concessions déguisées.

### II. Les risques post-modernes de la pratique des droits d'entrée dans les DSP

Nous le comprenons, la problématique essentielle des droits d'entrée ne tient pas moins à leur utilisation *stricto sensu* qu'à leur définition qui permet d'apprécier leur légalité et leurs conséquences. Or, un glissement progressif s'est opéré à partir des premiers éléments mis en exergue par la doctrine. Les droits d'entrée ne seraient plus seulement appréhendés comme un versement servant à acheter le contrat. Ils peuvent aussi, dorénavant, renvoyer au rachat par le délégataire de la dette contractée par la personne publique pour le SP délégué. C'est très précisément de cette manière que l'interprète l'instruction ministérielle (*Instr. min. budget*, n° 10-029-M0, 7 déc. 2010, JCP A 2011, n° 2081, note Wels Y.) servant à mettre en lumière les modalités d'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* (CE, ass., 8 avr. 2009, nos 271737 et 271782, *Cie générale des eaux et Commune d'Olivet*, Rec. CE 2009, p. 116, concl. Geffray E., RJP ►

oct. 2009, p. 19, note Plessix B.). Au terme de celle-ci, les droits d'entrée constituent un investissement du cocontractant qui justifie une prolongation de la convention, en l'espèce celles conclues avant 1993 et prenant fin après 2015. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si une telle souplesse – incompatible avec la définition classique des droits d'entrée – vise à permettre au titulaire de contrats anciens (des années 70 notamment) ayant subi un déséquilibre économique du fait du blocage des prix décidé en 1976 (*Plan Raymond Barre, L. fin. rect. n° 76-978, 29 oct. 1976, JO 31 oct.*) de retrouver leur retour sur investissements. Lorsqu'il est acté que cette décision de 1976 a eu pour effet de signer des avenants afin que les personnes publiques reprennent des investissements en ayant recours à la dette pour, plus tard, en favoriser le rachat par le délégataire au moyen de droits d'entrée à l'occasion de la conclusion de contrats se superposant au premier (années 80 et début 90), la réponse ne fait aucun doute.

Le résultat d'une telle interprétation, survenue en 2010, est que les droits d'entrée recouvrent différentes situations. Ils renvoient :

- à l'achat pur et simple du contrat ;
- au rachat de dette contractée par la personne publique dans le cadre d'investissements propres au SP délégué ;
- au rachat de dette contractée par la personne publique pour des éléments de gestion extérieurs au contrat ;
- le rachat d'une indemnité versée auparavant par la personne publique au délégataire sortant pour la part non-amortie des biens de reprise.

Ce glissement fait donc perdre de vue que, juridiquement, les droits d'entrée n'existent que s'ils ne correspondent ni à une prestation du cocontractant, ni à une dépense trouvant son origine directe dans le SP délégué. C'est l'extériorité, le caractère exogène au contrat qui caractérise les droits d'entrée. Nous pouvons donc conclure que l'approche post-moderne qui les caractérise est erronée. Seules trois hypothèses permettent de parler de droits d'entrée.

Si l'achat du contrat en est une, il en existe deux autres. La plus évidente correspond au cas où le nouveau délégataire verse un droit correspondant à l'indemnité versée par la personne publique à l'ancien cocontractant pour les biens de reprise alors même que la part non-amortie était en réalité nulle (voir Vila J.-B., *Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant, Contrats marchés publ. 2010, étude 5*). Si l'indemnité n'était pas due – cas fréquent à raison des lacunes juridiques dans l'enca-

drement de l'amortissement –, il y a lieu de considérer que le versement d'une somme correspondante par le délégataire entrant est extérieur au contrat. Cette somme constitue donc bien des droits d'entrée. Il en est de même lorsque ces droits servent à couvrir une dette publique contractée indirectement dans le cadre du SP délégué, mais qui lui est en réalité extérieur. Cependant, dans la dernière hypothèse (rachat de dette publique liée à des investissements propre au service public délégué) et dans celle d'une somme correspondante à l'indemnité réellement due à l'ancien délégataire par la personne publique au titre de la reprise de certains biens, il n'est en aucun cas possible de parler de droits d'entrée (susceptibles de justifier des dépassements de durée comme l'indique l'instruction ministérielle précitée) puisqu'ils ne sont pas extérieurs au contrat. Il est tout au plus possible de parler de redevance propre à l'activité déléguée et à son exploitation. Considérer le contraire revient à consacrer une multiplication de risques de différentes natures.

Sur un plan juridique, d'abord, et de manière non exhaustive, nous identifions un problème quant aux motifs qui président soit à la fixation d'une durée contractuelle trop longue en amont, soit à la prolongation de la convention notamment sur le fondement de la jurisprudence *Commune d'Olivet* s'appliquant à des services publics où les droits d'entrée sont dorénavant interdits. Nous saisissons d'ailleurs assez mal comment le directeur général des finances publiques va pouvoir donner son accord sur une prolongation de la convention au-delà de 2015 motivée par l'amortissement de droits d'entrée qui sont dorénavant interdits pour les SP de l'eau – certains contentieux voient d'ailleurs le jour comme pour le contrat de DSP de l'eau de la Ville de Troyes (au-delà, voir *Nicinski S., L'arrêt Commune d'Olivet et les distributeurs d'eau, AJDA 2009, p. 1747*). Au demeurant, cette question de la durée met en exergue le risque de contrats déraisonnablement longs, occurrence d'un déséquilibre économique de celui-ci et de la marge nette du délégataire. Le second risque principal est d'institutionnaliser des concessions déguisées. Il s'agit du cas où un contrat d'affermage est conclu entre les parties en prévoyant un rachat de la dette contractée par la personne publique pour les investissements nécessaires à l'exploitation du SP.

Sur un plan financier ensuite, le contournement de la réglementation des droits d'entrée ou leur recours alors même que les sommes versées n'entrent pas dans cette catégorie a pour effet d'augmenter significativement les tarifs durant la phase d'exécution. Dans ces deux hypothèses, il semble d'ailleurs difficile, pour la personne publique, d'exiger une renégociation de ceux-ci car un tel reversement aurait pour conséquence une rétrocession de ces droits au délégataire sur le fondement de l'enrichissement sans cause (sur cette

question de la rétrocession au titre de droits d'entrée déguisés, voir *CAA Marseille*, 7 juill. 2008, n° 06MA02232, *Cne de Valbonne*, *Contrats marchés publ.* 2008, comm. 244, note *Delacour E.*) Il en est de même lorsque l'autorité délégante souhaite *a posteriori* résilier de manière anticipée la convention. La rétrocession des droits d'entrée sur le fondement de l'enrichissement sans cause devient alors inéluctable comme nous l'a récemment rappelé le juge administratif (*CAA Bordeaux*, 9 juin 2011, n°s 06BX01135 et 09BX00894, *Ville de Castres c/ Sté Lyonnaise des eaux France*). Ici la volonté juridique et politique de résilier le contrat est entravée par le versement de ces droits à raison de l'obligation faite à l'autorité délégante de reverser ces sommes au délégataire.

Il résulte alors de cette confusion post-moderne sur le sens même des droits d'entrée que les enjeux financiers prennent le pas sur la régulation juridique de ces contrats. Formulés autrement, la volonté de conserver ces sommes – voire de les augmenter grâce aux versements qui continuent durant la phase d'exécution – prévaut sur l'objectif de remise en

concurrence périodique immanent à la loi Sapin (voir *CE, ass.*, 8 avr. 2009, n°s 271737 et 271782, *Cie générale des eaux et Commune d'Olivet*, *préc.*) sans pour autant que les enjeux soient pleinement prévus et encadrés.

#### CONCLUSION

Lorsqu'ils sont utilisés dans le cadre de contrat de DSP qui ne le permet pas, les droits d'entrée ont deux visages. À court terme, ils soulagent financièrement la personne publique quant aux investissements qu'elle a financés. Mais, à moyen et long terme, ils présentent le désavantage de bloquer le pouvoir décisionnel de celle-ci ; une rupture anticipée ou une renégociation se soldant par exemple par un remboursement de ces droits perçus sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Nous comprenons ici tout l'intérêt de choisir précisément le montage contractuel adapté aux besoins de la personne publique. Très souvent, le mode concessif permet effectivement de contourner ce problème et l'interdiction de droits d'entrée. Mais ceci suppose une vision d'ensemble de la phase d'exécution du contrat. Gageons qu'elle soit de plus en plus de mise dans les DSP locaux. ✦