



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

INSTRUCTION

N° 10-029-M0 du 7 décembre 2010

NOR : BCR Z 10 00084 J

CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT COMMUNE D'OLIVET
(DURÉE DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC)

ANALYSE

Date d'application : 08/04/2009

MOTS-CLÉS

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC ; ASSAINISSEMENT ;
EAU ; ORDURES MÉNAGÈRES

DOCUMENTS À ANNOTER

Néant

DOCUMENTS À ABROGER

Néant

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

DDFIP	TPG	DRFIP	TPGR									

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales

Bureau CL-1A



MINISTÈRE DU BUDGET
DES COMPTES PUBLICS
DE LA FONCTION PUBLIQUE
ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT

SOMMAIRE

PRÉAMBULE	3
1. ÉVOLUTION DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DURÉE DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS LES DOMAINES DE L'EAU POTABLE, DE L'ASSAINISSEMENT, DES ORDURES MÉNAGÈRES ET AUTRES DÉCHETS	4
2. LA PROCÉDURE D'AVIS DONNÉ SUR LA DURÉE DE CES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC	5
2.1. Les cas de saisine du directeur départemental des Finances publiques dans le cadre des convention de DSP	5
2.2. Le contenu de l'avis du directeur départemental des Finances publiques	6
2.2.1. La nature des prestations	6
2.2.2. L'adéquation entre la nature des prestations et la durée de l'amortissement économique	8
2.2.2.1. La durée normale d'amortissement	8
2.2.2.2. Point de départ de la durée normale du contrat	9
3. LE SORT DES CONTRATS À COMPTER DU 2 FÉVRIER 2015	10
3.1. La collectivité prend une décision expresse relative au contrat de DSP	10
3.1.1. Hypothèse dans laquelle l'avis du DDFIP est demandé	10
3.1.2. Hypothèse dans laquelle l'avis du DDFIP n'est pas demandé	11
3.2. La collectivité ne prend pas de décision expresse relative au contrat de DSP	11

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE N° 1 : Conseil d'État, ass, 8 avr. 2009, req. nos 271737 et 271782, Compagnie générale des eaux (CGE) c/ Commune d'Olivet	13
ANNEXE N° 2 : Article L1411-2 du CGCT	16
ANNEXE N° 3 : L'avis consultatif du DDFIP et le sort des contrats après le 2 février 2015	17
ANNEXE N° 4 : Avis du Conseil d'État n° 358595 du 20 février 1996	18
ANNEXE N° 5 : Arrêt Maison Comba, Conseil d'État, n° 303517, du 8 août 2009	20

PRÉAMBULE

CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT COMMUNE D'OLIVET (DURÉE DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC)

Par un arrêt en date du 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux - Commune d'Olivet (n° 271737) l'Assemblée du Contentieux du Conseil d'État a apporté des précisions sur l'application des dispositions relatives à la durée des délégations de service public dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets.

Le Conseil d'État a estimé que les contrats conclus dans ces domaines avant la loi du 2 février 1995, dite « Loi Barnier » pour une durée supérieure à 20 ans ne pourront plus être régulièrement exécutés à compter du 3 février 2015, sauf justifications particulières soumises à l'examen du directeur départemental des Finances publiques¹.

La présente instruction rappelle le cadre juridique applicable aux délégations de service public dans le domaine de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, précise la procédure d'avis du DDFIP sur la durée de ces délégations de service public et le sort des contrats en cours au 2 février 2015.

Elle précise également le cadre des échanges d'information avec les services préfectoraux.

¹ Par cette expression, on désignera également le trésorier-payeur général ou le directeur régional des Finances publiques.

1. ÉVOLUTION DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DURÉE DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS LES DOMAINES DE L'EAU POTABLE, DE L'ASSAINISSEMENT, DES ORDURES MÉNAGÈRES ET AUTRES DÉCHETS

En droit de la commande publique, plusieurs outils permettent à une collectivité 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.

Lorsqu'une collectivité décide de faire gérer un service public par un tiers, elle peut choisir de recourir à une délégation de service public (DSP).

Celle-ci est définie à l'article L. 1411-1 du Code général des Collectivités Territoriales (CGCT) : « 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 ».

La Loi *Sapin* 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 pose, dans son article 40 (codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT, en tant qu'il concerne les collectivités territoriales, en annexe), le principe de la limitation de la durée des conventions de délégation de service public. Celle-ci est déterminée en fonction des prestations demandées au délégataire et ne peut, en principe, excéder « la durée normale d'amortissement » des investissements à réaliser.

La loi *Barnier* n° 95-101 du 2 février 1995 (publiée au JORF du 3 février 1995) relative au renforcement de la protection de l'environnement a complété cette disposition en précisant que, dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, cette durée ne peut, en principe, être supérieure à vingt ans.

Le 8 avril 2009, le Conseil d'État a rendu un arrêt de principe en matière de délégation de service public (en annexe de la présente instruction).

Le Conseil d'État rappelle que les lois *Sapin* et *Barnier* répondent à un impératif d'ordre public qui est le libre accès à la commande publique de tous les opérateurs économiques et la transparence des procédures de passation.

Il a rendu applicables les dispositions législatives qui concernent l'encadrement de la durée des DSP aux conventions de DSP en cours lors de la publication de la loi.

Le Conseil d'État estime que ces conventions de délégation de service public ne peuvent plus être régulièrement exécutées au-delà d'une date correspondant à une durée qui, calculée à compter de l'entrée en vigueur de la loi, serait supérieure à la durée maximale désormais autorisée *sauf justifications particulières soumises à l'examen préalable du directeur départemental des Finances publiques afin qu'il donne un avis*. Cet arrêt impose aux collectivités et à leurs délégataires de service public d'examiner les clauses de leurs contrats en cours d'exécution conclus avant l'entrée en vigueur des lois du 29 janvier 1993 et 2 février 1995, afin de s'assurer que la limitation de leur durée, décomptée à partir de l'entrée en vigueur de ces lois et conformément à leurs dispositions, n'est pas et ne sera pas dépassée.

Pour les délégations de service public conclues en matière d'eau, d'assainissement et de déchets, la limite spécifique de 20 ans prévue par la loi du 2 février 1995 a pour conséquence que cet examen doit en tout état de cause avoir été fait avant le 3 février 2015.

2. LA PROCÉDURE D'AVIS DONNÉ SUR LA DURÉE DE CES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Il ressort d'une enquête menée dans le réseau que plus de 250 contrats passés avec des organismes publics locaux seraient concernés par cette jurisprudence administrative. Selon les délégataires, ce nombre est d'environ 500 dans le secteur de l'eau et de l'assainissement (en distinguant les contrats « eau » des contrats « assainissement »).

Pour assurer leur sécurité juridique, l'avis des directeurs départementaux des Finances publiques devra avoir été sollicité bien avant le 3 février 2015, de telle sorte qu'au moment où les clauses seraient susceptibles de ne plus pouvoir être exécutées, la procédure d'examen décrite ci-après ait été diligentée.

Il est par conséquent demandé aux directions locales de prendre l'attache 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.

Une instruction parallèle du ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales aux préfets invite ces derniers à sensibiliser les collectivités territoriales sur cette question par le biais de lettres-circulaires et à saisir le DDFIP des contrats susceptibles de tomber sous l'empire de la jurisprudence Commune d'Olivet. Elle insiste également sur le rôle préventif que doit jouer le préfet et sur la nécessité d'échanges d'information de qualité entre services de l'État. Cette instruction vous sera transmise pour information.

2.1. LES CAS DE SAISINE DU DIRECTEUR DÉPARTEMENTAL DES FINANCES PUBLIQUES DANS LE CADRE DES CONVENTION DE DSP

L'article L. 1411-2 du CGCT prévoit les cas dans lesquels le directeur départemental des Finances publiques est saisi en matière de DSP².

Les directeurs départementaux des Finances publiques peuvent ainsi être saisis pour avis à trois titres. La jurisprudence Olivet crée un quatrième cas de saisine a posteriori.

- *Premier cas de saisine (projet de DSP dont la durée dépasse 20 ans)*³: l'article L. 1411-2, dans son 1^{er} alinéa, précise que, dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, si les parties souhaitent dépasser une durée contractuelle de vingt ans, l'autorité délégante doit saisir le DDFIP d'un *examen préalable* des justificatifs de dépassement de la durée. Ses conclusions sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération relative à la délégation et l'avis du DDFIP joue un rôle informatif dans la procédure de passation d'une délégation. Cette limitation spécifique a été introduite par la Loi Barnier du 2 février 1995.
- *Deuxième cas de saisine (avenant prolongeant la DSP pour maintenir son économie générale)*³: il concerne la prolongation par voie d'avenant, en cours d'exécution, lorsque des *investissements nouveaux* ont été réalisés. Le 2^o alinéa de l'article L. 1411-2 dispose qu'*« une délégation de service ne peut être prolongée que [...] 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. »* S'agissant de la procédure, les textes prévoient un vote préalable de l'assemblée délibérante. Le Conseil d'État a indiqué, dans son avis du 20 février 1996 (n° 358595, rapport public pour 1996, p. 334), que la prolongation par avenant de la durée d'une délégation de service public au-delà de 20 ans devait être précédée de l'avis du TPG.

² Lire l'article L. 1411-2 du CGCT en annexe n° 2.

³ Dans ces trois cas, vous pouvez utilement vous reporter à l'instruction n° 97-028-M0 du 25 février 1997, relative aux DSP dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets.

- *Troisième cas de saisine (avenant prolongeant la DSP pour motif d'intérêt général)*³ : le 2° alinéa de l'article L. 1411-2 mentionne également la prolongation par avenant pour une durée d'un an de la convention de DSP *pour un motif d'intérêt général* dès lors que la durée totale du contrat, reconduction comprise, dépasse 20 ans.
- *Quatrième cas de saisine (confirmation de la durée d'une DSP en cours excédant les limites légales)* : le Conseil d'État par l'arrêt Olivet a ouvert une quatrième voie, qui est la confirmation en cours d'exécution du contrat de sa durée initiale supérieure à 20 ans. Dans ce cas, l'autorité délégante doit présenter des justifications particulières à l'examen du directeur départemental des Finances publiques.

Dans les trois premiers cas, prévus par la loi, la saisine est faite par le représentant légal de l'organisme public local concerné. C'est également à cette autorité qu'il appartiendra de saisir le directeur départemental des Finances publiques dans le 4^{ème} cas créé par la jurisprudence Olivet.

Toutes les DSP dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, d'une durée supérieure à vingt ans conclues antérieurement à la loi Barnier du 2 février 1995 et susceptibles d'être exécutées au-delà du 3 février 2015, y compris celles dont la durée est pleinement justifiée au regard du texte de l'article L. 1411-2 du CGCT, devront être soumises à la procédure de confirmation de leur durée.

Ainsi, par exemple, les contrats comportant la réalisation d'ouvrages de canalisation, souvent conclus pour une durée supérieure à vingt ans mais justifiée *ab initio* par la durée d'amortissement des installations, sont également concernés par cette procédure d'avis dès lors qu'ils sont susceptibles d'être exécutés au-delà du 3 février 2015.

Néanmoins, en cas de refus ou d'omission de la collectivité ou de l'établissement de saisir le directeur départemental des Finances publiques, celui-ci ne peut décider de s'autosaisir. De même, il ne peut accepter de répondre à la demande d'un tiers, qu'il s'agisse du délégataire lui-même ou d'un tiers intéressé.

2.2. LE CONTENU DE L'AVIS DU DIRECTEUR DÉPARTEMENTAL DES FINANCES PUBLIQUES

L'arrêt Commune d'Olivet est fondé sur des motifs impérieux d'intérêt général : « *garantir par une remise en concurrence périodique la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de DSP et la transparence des procédures de passation* ».

L'autorité délégante doit rassembler les « *justifications particulières* » et les soumettre au directeur départemental des Finances publiques, qui rendra un avis.

Le directeur départemental des Finances publiques est chargé d'examiner la nature des prestations, la durée d'amortissement économique des prestations mises à la charge du délégataire et le rapport entre ce qui est mis à la charge du délégataire et le temps qui lui est alloué pour amortir ses investissements.

Cet examen sera fait par les services en charge du secteur public local de la DDFIP. Les dossiers à enjeux et/ou complexes pourront également être instruits par les missions d'expertise économique et financière.

L'avis du directeur départemental des Finances publiques qui répond en sa qualité de chef des services déconcentrés et d'expert est purement consultatif.

2.2.1. La nature des prestations

Dans un premier temps, le directeur départemental des Finances publiques doit procéder à un inventaire des prestations qui sont susceptibles d'être considérées comme mises à la charge du délégataire et qui conditionnent l'équilibre du contrat.

Les « *justifications particulières* » autorisent les parties à faire valoir les éléments économiques de l'équilibre du contrat tels qu'ils étaient fixés dans les dispositions contractuelles. Il ne s'agit pas, en effet, de procéder à une application rétroactive de la loi et d'imposer aux parties des méthodes d'amortissement ou un champ d'application de l'amortissement plus stricts que ceux existant au moment de la conclusion du contrat. Ces justifications tiennent compte également des éléments intervenus en cours d'exécution du contrat et susceptibles d'avoir modifié l'équilibre économique (investissements nouveaux mis à la charge du délégataire, prise en charge d'obligations réglementaires nouvelles, efforts significatifs consentis par le délégataire sur sa marge...).

Les prestations prises en compte sont variées. Elles comprennent les investissements matériels (construction ou mise aux normes d'ouvrages, réalisation ou remise en état d'un réseau, acquisition de machines...), les investissements immatériels (brevets...), des opérations de gros entretien, mais aussi, dans certains cas, les charges de personnel. Il conviendra de déterminer l'ensemble des charges qui ont pu peser sur l'exploitant, dans le cadre de l'exécution de la convention de délégation de service public, pour la réalisation des investissements nécessaires.

Les notions de « *nature des prestations* » ou « *d'investissement à réaliser* » pourront inclure des éléments que le droit actuellement en vigueur n'admet plus, comme le versement de droits d'entrée⁴.

- En matière d'eau et d'assainissement, les contrats comportant la réalisation d'ouvrages de canalisations sont, par exemple, conclus généralement pour une durée comprise entre vingt et quarante ans, justifiée par la durée d'amortissement des installations. Ces contrats ont très souvent donné lieu au versement, par le délégataire, de droits d'entrée ainsi qu'à la reprise des annuités d'emprunts préalablement souscrits par la collectivité.

Si les droits d'entrée en matière d'eau potable, d'assainissement ou d'ordures ménagères et autres déchets sont désormais interdits par l'article 40 de la loi Sapin telle que modifiée par la Loi Barnier du 2 février 1995, il convient néanmoins d'en tenir compte dans l'appréciation contemporaine du contrat si ce dernier en prévoyait. En effet, ils ont pu justifier, au moment où ils n'étaient pas interdits, une durée importante des conventions liée à la durée d'amortissement de cet investissement financier. Dans son avis, le directeur général des Finances publiques pourra considérer que le paiement d'un droit d'entrée constitue une « *prestation demandée au délégataire* » et estimer que l'amortissement du droit d'entrée payé constitue une « *justification particulière* » à prendre en compte.

- S'agissant de la reprise par le délégataire des annuités de l'emprunt contracté par le délégant pour le financement des installations, celles-ci continuent de pouvoir régulièrement se répercuter sur les tarifs de l'eau. L'amortissement de ces emprunts peut aller, dans les comptes du délégataire, au-delà de l'échéance initiale des prêts souscrits par la collectivité.

L'article L. 1411-2 du CGCT dispose que « *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* ». Or, si l'emprunt est contracté par le délégant à l'occasion de l'édification d'installations, celles-ci pourront être considérées comme à la charge du délégataire. La reprise d'une annuité d'emprunt peut constituer une « *prestation* », dans les mêmes conditions qu'un droit d'entrée et pourra donc être prise en compte dans les prestations demandées au titulaire. Dès lors, le fait que la charge financière de la reprise des annuités d'emprunt s'étale dans les comptes du délégataire sur une durée plus longue que la durée du prêt initial n'est pas un obstacle s'agissant du calcul de la durée d'une délégation.

Par ailleurs, l'appréciation de la « *durée normale d'amortissement* », doit s'entendre comme la durée d'amortissement considérée comme normale au sens économique. Cette durée correspond généralement à la durée de vie économique du bien en tenant compte des coûts accessoires ayant valorisé ce bien. Il ne s'agit pas seulement de la durée initiale de l'éventuel prêt bancaire ayant financé l'acquisition du bien. Il convient de tenir compte de la valeur initiale du bien, des améliorations qui y ont, le cas échéant, été apportées ainsi que des décotes qui peuvent s'y appliquer (en raison de l'usure, de l'obsolescence...).

⁴ Par droit d'entrée on entend les sommes que les délégataires versaient aux collectivités à l'occasion de la reprise en exploitation d'un service.

Enfin, pour tenir compte des jurisprudences nationale et communautaire, il est rappelé que le délégataire de service public a droit à un bénéfice « normal » ou « raisonnable » dont le DDFiP devra tenir compte dans les calculs de durée d'amortissement. À cet effet, on pourra utilement se référer aux critères dégagés par la jurisprudence administrative ou à la définition figurant dans un encadrement communautaire.

(i) La notion de bénéfice (ou de marge) « normal(e) » ou « raisonnable » est largement retenue par la jurisprudence administrative (voir notamment CE, 7 mars 1913, *Compagnie du gaz d'Angers*, Rec. p. 325, CE, 23 mai 1951, *Sieur Bongert*, Rec. p. 283, n° 98320, ou encore, et plus récemment, CAA Marseille, 19 novembre 2007, *Commune de Sanary sur mer*, req. n°05MA02727). Cette notion peut être appréciée soit à partir des données économiques propres de la délégation, soit par référence à des contrats semblables.

(ii) L'encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (2005/C 297/04) dispose, quant à lui, en son point 18 que : « Par «bénéfice raisonnable», il convient d'entendre un taux de rémunération du capital propre qui doit prendre en compte le risque, ou l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'État membre, notamment si ce dernier octroie des droits exclusifs ou spéciaux. [...] »

L'attention de la collectivité doit être appelée 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 de la part du délégataire.

2.2.2. L'adéquation entre la nature des prestations et la durée de l'amortissement économique

2.2.2.1. La durée normale d'amortissement

L'article L. 1411-2 du CGCT évoque une « durée normale d'amortissement », mais n'exige pas un amortissement enregistré en comptabilité. Il est rappelé que le critère général de la durée d'une délégation reste « les prestations demandées au délégataire », critère qui doit servir de guide pour l'appréciation de la durée.

Il convient de se référer à la décision rendue par le Conseil d'État le 11 août 2009, *Maison Comba*, qui, sur la question de l'analyse à faire de la durée des amortissements, a précisé que la durée normale d'amortissement ne coïncide pas nécessairement avec la durée comptable d'amortissement et doit permettre au délégataire de couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement⁵.

Par ailleurs, dans son arrêt *Commune de Chartres*, du 8 février 2010, le Conseil d'État a estimé que la durée normale d'amortissement des installations dont la réalisation est mise à la charge du délégataire doit inclure la période de réalisation de ces investissements⁶. Dans ce cadre, le comptable public assignataire est fondé à exiger une pièce justificative attestant la date de début des travaux.

⁵ «[...] 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 investissements; qu'en jugeant que la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résultait d'un équilibre global entre les différents éléments précités, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'avait pas à vérifier que la convention de délégation contenait elle-même les justificatifs de sa durée, n'a donc pas commis d'erreur de droit».

⁶ « Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales [...], 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 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».

2.2.2.2. Point de départ de la durée normale du contrat

La loi Sapin du 29 janvier 1993 impose aux personnes publiques de conclure des DSP limitées à la durée normale des investissements et/ou tenant compte des obligations mises à la charge du délégataire.

Par ailleurs, la Loi Barnier du 2 février 1995 limite la durée des DSP en matière d'eau, d'assainissement et de déchets à 20 ans sauf justifications particulières.

La décision Commune d'Olivet précise que ces dispositions, en vertu des motifs impérieux d'intérêt général, sont applicables immédiatement, y compris aux contrats en cours.

Dès lors trois dates de fin de contrat peuvent être retenues : la date issue de l'application stricte des dispositions contractuelles, celle issue de l'application de la loi Sapin (critère de la durée normale d'amortissement) et enfin, celle issue de la Loi Barnier (20 ans sauf justifications particulières à compter du 3 février 1995) dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement et des déchets.

Dans les domaines visés par la Loi Barnier, la durée issue de la stricte application des dispositions contractuelles devra être réexaminée, puisque, par principe, si le contrat fait l'objet d'un examen du DDFiP, c'est qu'il doit contractuellement s'achever au delà du 3 février 2015 (critère de la Loi Barnier).

Ensuite, le DDFiP devra déterminer quelle disposition légale doit s'appliquer :

- soit la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre et des obligations mises à la charge du délégataire, en décomptant la durée à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 ;
- soit une durée de 20 ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, sauf justifications particulières.

S'agissant d'une mesure de protection de l'intérêt général, il faudra, dans l'étude des cas concrets présentés, prendre en compte la plus restrictive des durées.

En tout état de cause, il convient de considérer que l'amortissement débute en 1993 ou 1995, selon le cas étudié pour apprécier la date de fin du contrat.

Exemple 1 :

Soit un contrat de concession visant à la construction et l'exploitation d'une station d'épuration signé en 1985 pour 40 ans. Au vu des éléments fournis, le DDFiP considère toutefois que la durée normale d'amortissement de l'ouvrage est de 28 ans.

Si la loi Sapin s'était appliquée au jour de la signature du contrat, ce dernier devrait s'achever en 2013.

La jurisprudence Commune d'Olivet est venue préciser que les dispositions de la Loi Sapin s'appliquent immédiatement aux contrats en cours, mais non de manière rétroactive. De ce fait, *c'est à compter de la publication de la loi Sapin que cette durée normale d'amortissement devra être appréciée*. Ainsi, dans notre exemple, le contrat devra prendre fin en 1993 plus 28 ans, soit en 2021.

La loi Barnier dispose que le contrat ne devrait pas dépasser 20 ans (sauf justifications particulières). Appliquée de manière rétroactive, cette loi aurait pour conséquence de rendre le contrat caduc à compter de 1985 plus 20 ans, soit en 2005.

Mais pour tous les contrats qui seront étudiés, il est rappelé que l'application de la Loi Barnier n'est pas davantage rétroactive mais immédiate. Dans ce cas également, *c'est à compter de la publication de cette loi que les 20 ans doivent être pris en considération*.

Le DDFiP devra prendre en compte dans son avis la plus restrictive des durées. Dès lors, en cas d'absence de justifications particulières, l'avis du DDFiP préciserait que le contrat ne pourrait plus être exécuté au delà du 3 février 2015. Dans le cas présent, au regard des justifications particulières précédemment évoquées, le DDFiP devrait estimer que l'échéance intervient en 2021.

Exemple 2 :

Dans certains cas, il peut arriver que l'application stricte de la Loi Barnier ait pour conséquence un déséquilibre économique contraire à l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'État exprimée notamment dans l'arrêt Maison Comba du 11 août 2009, précité.

Soit un contrat ayant pour objet la construction et l'exploitation d'une usine d'incinération des déchets conclu en 1990 pour 45 ans. Au regard des dispositions contractuelles, le contrat devrait s'achever en 2035.

Le DDFiP, au vu des éléments en sa possession, estime cependant que le contrat aurait dû être conclu pour 35 ans.

En application de la Loi Barnier, le contrat ne pourra plus être exécuté au delà du 3 février 2015 sauf justifications particulières. Or, si l'on prend la durée totale du contrat, en 2015, il aura été exécuté 25 ans, ce qui est insuffisant pour permettre au délégataire de couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement.

Dans ce cas, le DDFiP devra indiquer que les justifications particulières autorisent une durée supérieure à 20 ans afin de permettre au délégataire de couvrir ses frais et de dégager un bénéfice raisonnable. Il indiquera dans son avis que l'échéance devrait intervenir en 2028 (1993 plus 35 ans).

3. LE SORT DES CONTRATS À COMPTER DU 2 FÉVRIER 2015

Les contrats conclus en matière d'eau potable, d'assainissement, d'ordures ménagères et autres déchets qui ont une durée supérieure à 20 ans et qui arriveront à échéance au delà du 3 février 2015 ne pourront plus être régulièrement exécutés si la procédure de validation de leur durée n'est pas mise en œuvre.

Ainsi, la collectivité, face à une convention de délégation de service public d'une durée supérieure à 20 ans conclue dans un domaine régi par la Loi Barnier et arrivant à échéance au delà du 3 février 2015, est invitée à conduire la procédure de validation de la durée de la convention avant de proposer à l'assemblée délibérante une décision de poursuite ou non de la DSP

La collectivité doit saisir le DDFiP. Celui-ci fournira son avis dans un délai raisonnable, qui ne devrait pas dépasser deux mois à compter de la présentation de l'ensemble des justifications nécessaires, sauf circonstances locales particulières.

Un tableau retrace en annexe n° 3 les différents cas possibles.

3.1. LA COLLECTIVITÉ PREND UNE DÉCISION EXPRESSE RELATIVE AU CONTRAT DE DSP

La collectivité prend une délibération qui vise à maintenir ou au contraire à constater la caducité du contrat.

Cette délibération exécutoire est une pièce justificative que le comptable doit exiger en présence d'un mandat ou d'un titre de recette relatif à une convention de DSP en matière d'eau et d'assainissement de plus de 20 ans et arrivant à échéance au delà du 3 février 2015.

En principe, la collectivité devra avoir demandé l'avis du DDFiP préalablement à cette décision.

3.1.1. Hypothèse dans laquelle l'avis du DDFiP est demandé

L'avis que rend le DDFiP peut être suivi ou non par la collectivité.

En cas d'avis positif, c'est-à-dire lorsque les amortissements n'auront pas encore été réalisés et si la collectivité prend une délibération en ce sens, le contrat pourra continuer à recevoir exécution par le comptable mis en présence d'une décision exécutoire.

En revanche, en cas d'avis négatif, c'est-à-dire lorsque les amortissements auront été réalisés, deux cas de figure peuvent se poser :

- si l'avis est négatif et que la collectivité prend une délibération en ce sens, le contrat cesse d'être exécuté et devient caduc ;
- si l'avis est négatif mais que la collectivité prend une délibération pour poursuivre le contrat, le comptable devra exécuter le contrat dès lors qu'il sera mis en présence d'une délibération exécutoire de cette dernière.

Dans ce dernier cas, il conviendra d'informer dans les meilleurs délais le préfet de département et, s'agissant des délégations conclues par la région, le préfet de région, de la situation afin qu'il puisse, dès lors que cela lui sera possible, exercer ses prérogatives en matière de contrôle de légalité.

Le comptable, sous réserve des contrôles qui lui sont dévolus, exécute la délibération.

3.1.2. Hypothèse dans laquelle l'avis du DDFIP n'est pas demandé

Dans cette hypothèse, la collectivité s'abstient de soumettre au DDFIP les justificatifs motivant la durée de la DSP et prend toutefois une décision expresse de poursuivre l'exécution du contrat (ou d'y mettre un terme).

S'il est vivement recommandé à la collectivité de saisir le DDFIP pour avis avant la prise de décision, l'absence d'avis ne saurait priver d'effet la délibération prise par l'exécutif local en vue du maintien ou de la fin du contrat.

La délibération sera néanmoins transmise par la collectivité au préfet au titre du contrôle de légalité. Dans l'exercice de cette compétence, le préfet pourra consulter le DDFIP.

En présence d'un acte exécutoire mais non accompagné de l'ensemble des pièces justificatives, le comptable devra constater qu'il lui manque une pièce justificative substantielle nécessaire aux contrôles qu'il exerce en application des articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique modifié : il suspendra les paiements et les encaissements.

En revanche, le contrat étant désormais réputé irrégulier, il pourra, le cas échéant, déférer à une réquisition.

En tout état de cause, en l'absence de saisine du DDFIP, la légalité de la délibération pourrait être remise en cause par le juge administratif en raison du vice de forme dont elle est entachée.

3.2. LA COLLECTIVITÉ NE PREND PAS DE DÉCISION EXPRESSE RELATIVE AU CONTRAT DE DSP

L'inertie de la collectivité s'assimile ici à un constat implicite de cessation des effets du contrat : le contrat sera dès lors réputé caduc et ne pourra faire l'objet d'aucun flux financier, ni d'une réquisition du comptable par l'ordonnateur.

Seule une décision expresse de l'assemblée délibérante peut, le cas échéant, permettre de poursuivre le contrat.

Le directeur départemental des Finances publiques ne pouvant s'autosaisir, il lui est vivement recommandé de se rapprocher, sans attendre l'échéance de 2015, des organismes publics locaux pour les informer des conséquences de l'arrêt Olivet et les inciter à recenser les contrats concernés qu'ils devront lui soumettre.

Cette action devra être menée conjointement avec les services préfectoraux, qu'il conviendra d'informer systématiquement tant des demandes d'avis présentées par les collectivités territoriales et leurs groupements que des suites qui leur auront été réservées.

Toute difficulté d'application devra être signalée sous le présent timbre.

LE CHEF DE SERVICE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

FRÉDÉRIC IANNUCCI

ANNEXE N° 1 : Conseil d'État, ass, 8 avr. 2009, req. nos 271737 et 271782, Compagnie générale des eaux (CGE) c/ Commune d'Olivet

Considérant que les pourvois de la Compagnie générale des eaux et de la Commune d'Olivet sont dirigés contre le même arrêt ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, 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 potable ; que cette durée n'a pas été modifiée par les avenants signés ultérieurement, notamment l'avenant n° 18 du 23 décembre 1993, qui a réaffirmé, en son article 36, que "la concession se poursuivrait] jusqu'à son terme fixé au 4 avril 2032 " ; que la Compagnie générale des eaux et la Commune d'Olivet se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 9 avril 2004 de la cour administrative d'appel de Nantes en tant que, infirmant sur ce point le jugement du 17 mai 2001 du tribunal administratif d'Orléans, il annule la délibération du 29 avril 1997 du conseil municipal d'Olivet approuvant un avenant n° 20, relatif notamment aux clauses financières de la concession, et autorisant le maire à le signer ;

Considérant qu'aux termes de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, codifié à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales en ce qui concerne ces dernières : " 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 " ; que ces dispositions ont été complétées par celles de l'article 75 de la loi du 2 février 1995, publiée au Journal officiel le 3 février, qui prévoient que, " 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 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. " ; que, selon l'article 47 de la même loi, codifié à l'article L. 1411-11 du code général des collectivités territoriales: " Les dispositions des articles 38 et 42 à 46 de la présente loi sont applicables aux conventions dont la signature intervient à compter du 31 mars 1993. / Elles ne sont pas applicables lorsque, avant la date de publication de la présente loi, l'autorité habilitée a expressément pressenti un délégataire et que celui-ci a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires" ;

Considérant que, dans le cas où elle n'a pas expressément prévu, sous réserve, le cas échéant, de mesures transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses 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 ; que, pour les contrats administratifs, l'existence d'un tel motif d'intérêt général s'apprécie en tenant compte des règles applicables à ces contrats, notamment du principe de mutabilité ;

ANNEXE N° 1 (suite)

Considérant que les dispositions de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 ne comportent aucune mention expresse prévoyant leur application aux conventions de délégation de service public en cours ; que les dispositions précitées de l'article 47 de la loi ont eu pour seul objet d'exonérer du respect des nouvelles règles de passation des conventions de délégation de service public les conventions proches de leur conclusion à la date de publication de la loi et celles pour lesquelles le délégataire avait déjà été pressenti et avait engagé en contrepartie des études ou travaux préliminaires ; qu'on ne saurait donc déduire de l'absence de mention de l'article 40 dans ces dispositions que le législateur a expressément rendu applicables les règles fixées par cet article pour limiter la durée des délégations de service public à d'autres conventions que celles conclues à compter de l'entrée en vigueur de la loi ;

Considérant, toutefois, que la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est 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 ; qu'un tel motif d'intérêt général ne saurait, pas plus que la nécessité d'assurer l'égalité de tous les opérateurs économiques délégataires de service public au regard des exigences de la loi, entraîner la nullité des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pour des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40, ni contraindre les parties à de tels contrats à modifier leur durée ; qu'il implique en revanche, non seulement qu'aucune stipulation relative à la durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40, mais en outre que 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 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel n'a pu, sans erreur de droit, juger que l'avenant n° 20 était nul au seul motif qu'il ne comportait pas de clause réduisant la durée de la convention initialement stipulée et en déduire que la délibération du 29 avril 1997, qui en approuvait les termes et autorisait sa signature, était illégale ; que les articles 1er, 2 et 4 de son arrêt doivent donc être annulés ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond dans cette mesure ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir soulevées par la Commune d'Olivet ;

Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction que les conditions dans lesquelles la préparation de l'avenant n° 20 a été conduite par le maire de la commune, avec l'assistance de l'organisme « service public 2000 », seraient entachées d'une irrégularité de nature à entraîner la nullité de cet avenant et l'illégalité de la délibération attaquée ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales : « Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur », et qu'aux termes de l'article L. 2121-13 du même code : « Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération » ; que si M. Plisson, Mme Flouret et le groupe d'action municipale d'Olivet font valoir que le règlement des abonnements et le nouveau bordereau de prix n'étaient pas joints aux documents transmis aux conseillers municipaux avant la séance du 29 avril 1997 au cours de laquelle a été adoptée la délibération litigieuse, cette circonstance n'affecte pas la régularité de ladite délibération, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le conseil municipal ne disposait pas des informations nécessaires, notamment tarifaires, relatives au contrat à intervenir ni, en tout état de cause, que la communication de ces documents aurait été refusée aux intéressés par le maire ;

ANNEXE N° 1 (suite et fin)

Considérant, en troisième lieu, que la nullité alléguée de l'avenant n° 18 serait en tout état de cause sans influence, par elle-même, sur la légalité de l'avenant n° 20 et de la délibération en approuvant les termes et en autorisant la signature ;

Considérant, en quatrième lieu, que M. Plisson, Mme Flouret et le groupe d'action municipale d'Olivet ne sont pas davantage fondés à soutenir que l'avenant n° 20 serait nul faute de comporter une clause réduisant la durée de la concession, ni que la délibération attaquée du 29 avril 1997 serait, par voie de conséquence, entachée d'incompétence négative ;

Considérant, toutefois, que, pour les raisons exposées ci-dessus, il appartient au juge saisi d'un litige relatif à une convention de délégation de 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'a 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 contrat de concession 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 préalablement soumises à l'examen de trésorier-payeur général ; qu'en l'espèce, la concession conclue par la Commune d'Olivet pouvait continuer à être régulièrement exécutée à la date de la délibération attaquée et que l'avenant n°20 n'était pas, du fait de l'impossibilité de poursuivre légalement l'exécution de la concession, entaché de nullité ;

Considérant, enfin, que le détournement de pouvoir allégué, qui résulterait de la transmission du projet d'avenant au concessionnaire dès le lendemain de son approbation par le conseil municipal, n'est pas établi ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Plisson, Mme Flouret et le groupe d'action municipale d'Olivet ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté leur demande d'annulation de la délibération du 29 avril 1997 approuvant l'avenant n° 20 au contrat de concession du service d'exploitation du réseau de distribution d'eau potable d'Olivet et autorisant son maire à le signer ;

Considérant que, pour l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de M. Plisson, de Mme Flouret et du groupe d'action municipale d'Olivet les sommes que demandent respectivement la Compagnie générale des eaux et la Commune d'Olivet au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; que les dispositions de cet article font obstacle à ce que soient mises à la charge de la Compagnie générale des eaux et de la Commune d'Olivet, qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, les sommes que M. Plisson, Mme Flouret et le groupe d'action municipale d'Olivet demandent au même titre ;

Décide :

Article 1^{er} : Les articles 1er, 2 et 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 9 avril 2004 sont annulés.

Article 2 : Les conclusions de M. Plisson, de Mme Flouret et du groupe d'action municipale d'Olivet devant la cour administrative d'appel de Nantes, tendant à l'annulation de la délibération du conseil municipal d'Olivet du 29 avril 1997, sont rejetées.

Article 3: Les conclusions de la Compagnie générale des eaux et de la Commune d'Olivet, ainsi que celles de M. Plisson, de Mme Flouret et du groupe d'action municipale d'Olivet présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la Compagnie générale des eaux, à la Commune d'Olivet , à M. Pierre Plisson, à Mme Annick Flouret, au groupe d'action municipale d'Olivet et à la ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales.

(MM. Domino, rapporteur ; Geffray, rapporteur public)

ANNEXE N° 2 : Article L1411-2 du CGCT

Modifié par LOI n° 2010-788 du 12 juillet 2010 - art. 85

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 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.

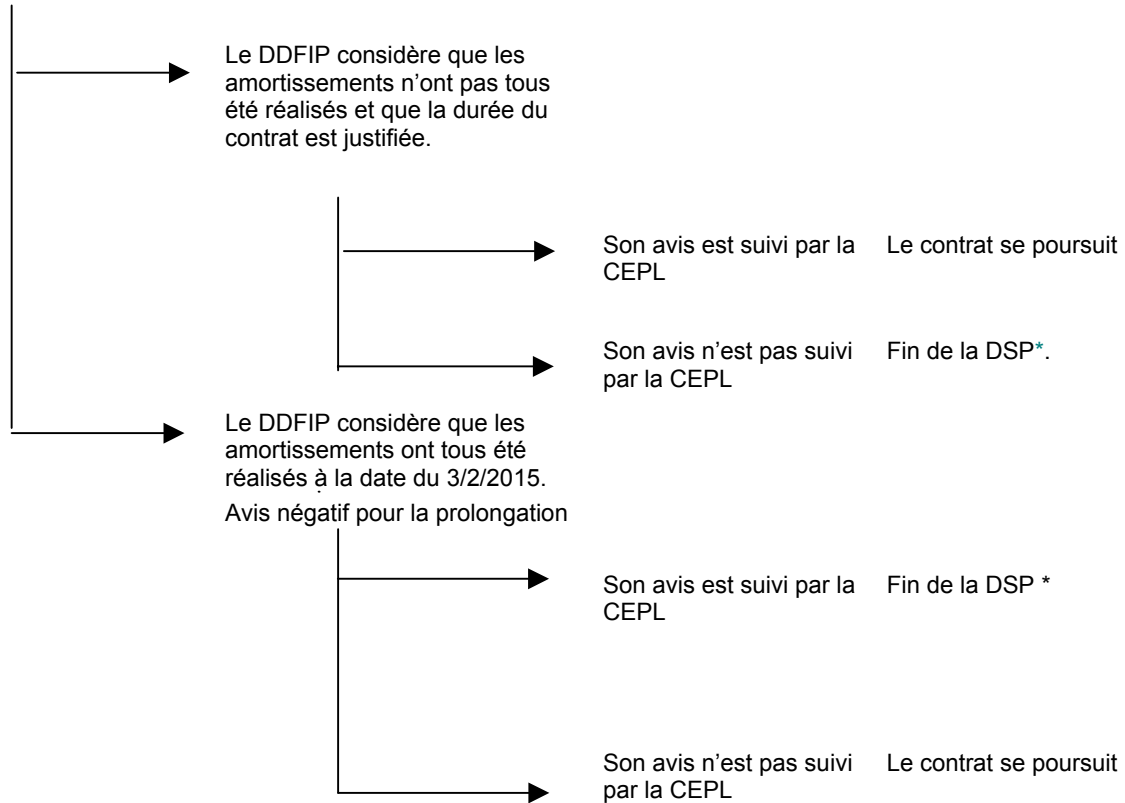
Les modalités d'application du présent article sont fixées, en tant que de besoin, par décret en Conseil d'État.

ANNEXE N° 3 : L'avis consultatif du DDFIP et le sort des contrats après le 2 février 2015

La collectivité :

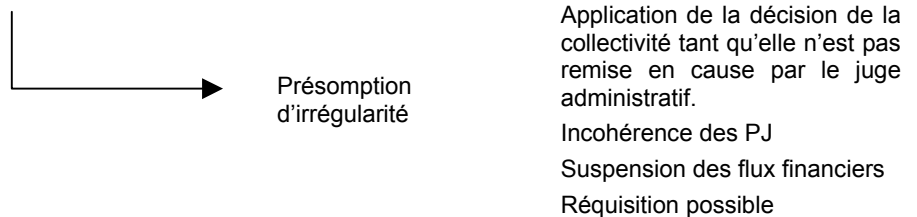
1. Prend une décision expresse relative à l'exécution de la DSP

Après avis du DDFIP



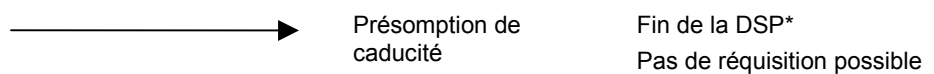
Sans l'avis du DDFIP

Décision expresse de la collectivité de poursuivre l'exécution du contrat ou d'y mettre un terme



2. Ne prend pas de décision expresse relative à l'exécution de la DSP

Après ou sans avis du DDFIP



* Au juge administratif de trancher la question de l'indemnisation éventuelle, s'il en est saisi.

ANNEXE N° 4 : Avis du Conseil d'État n° 358595 du 20 février 1996

Demande d'avis du ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances chargé des finances et du commerce extérieur relative à l'application des dispositions de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 modifiant l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993.

AVIS

Le Conseil d'état (section des travaux publics), saisi par le ministre délégué auprès du ministre de l'économie et des finances chargé des finances et du commerce extérieur d'une demande d'avis sur l'application des dispositions de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement modifiant l'alinéa 1^{er} de l'article 40 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 et notamment des questions de savoir si :

- 1) le principe général d'une durée des conventions déterminées en fonction des prestations demandées au délégataire et de la durée des amortissements des investissements lorsque ceux-ci sont mis à la charge du délégataire doit être pris en compte ;
- 2) les conventions d'une durée égale ou supérieure à vingt ans conclues dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets peuvent être prolongées dans les conditions prévues par la loi du 29 janvier 1993 ;
- 3) les avenants ayant pour effet de prolonger au delà de vingt ans la durée initiale d'une convention existante à la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995 doivent donner lieu à un examen préalable par le trésorier-payeur général ;

Vu 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, notamment son article 40, modifiée par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative à la protection de l'environnement et par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I - Aux termes du premier alinéa de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée dans sa rédaction issue de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 : "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 oeuvre. 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 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" et aux termes du second alinéa de l'article 40 de la même loi : "Une délégation de service public 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 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".

ANNEXE N° 4 (suite et fin)

Il résulte de ces dispositions que si les délégations de service public dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement des ordures ménagères et autres déchets ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf à respecter une procédure préalable de consultation du trésorier-payeur général, elles sont également soumises en ce qui concerne leur durée globale et les conditions dans lesquelles elles peuvent être prolongées aux dispositions générales fixées par l'article 40 précité.

II - Dès lors, en ce qui concerne la première question, les délégations dans les trois domaines concernés, lorsque les installations sont à la charge du délégataire, doivent respecter le principe posé par l'alinéa premier de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 selon lequel la durée de la délégation ne peut dépasser "la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre".

Ainsi,

- a) si la durée normale d'amortissement des investissements est inférieure à vingt ans, le contrat de délégation ne peut dépasser cette durée, mais le trésorier-payeur général n'a pas à être consulté ;
- b) si la durée normale d'amortissement des investissements est supérieure à vingt ans, le contrat de délégation ne peut être conclu pour cette durée qu'après examen des justificatifs de dépassement par le trésorier-payeur général et communication de ses conclusions à l'assemblée délibérante ;
- c) en tout état de cause cette durée s'impose et si la consultation préalable du trésorier-payeur général permet de dépasser la durée de vingt ans, elle ne permet pas de conclure une convention pour une durée supérieure à la durée normale d'amortissement des installations.

III - En ce qui concerne la deuxième question, il résulte des termes mêmes de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 que la prolongation d'une délégation dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement, de l'enlèvement des ordures ménagères et autres déchets n'est possible que dans les deux cas fixés par le deuxième alinéa de l'article 40 rappelés ci-dessus.

Si cette prolongation porte sur une convention d'une durée supérieure à vingt ans ou a elle-même pour effet de porter la durée de la convention au-delà de vingt ans, elle ne peut être adoptée qu'après consultation du trésorier-payeur général, dans les conditions fixées par les dispositions de l'art. 75 de la loi du 2 février 1995, modifiant le premier alinéa de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993.

IV - S'agissant de l'applicabilité des dispositions relatives à la consultation des trésoriers-payeurs généraux aux conventions existant à la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, la consultation préalable des trésoriers-payeurs généraux s'impose pour tout avenant à une délégation conclu 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.

ANNEXE N° 5 : Arrêt Maison Comba, Conseil d'État, n° 303517, du 8 août 2009

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 9 mars et 11 juin 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentés pour la SOCIETE MAISON COMBA, dont le siège est 8 rue de la Fraternité à Cuers (83390) ; la SOCIETE MAISON COMBA demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 18 décembre 2006 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a, d'une part, annulé le jugement du tribunal administratif de Marseille du 30 mars 2004 qui avait annulé la délibération du conseil municipal d'Aix-en-Provence du 15 février 2001 décidant de confier le service public de crémation à la société des crématoriums de France, la décision implicite de rejet de recours gracieux présentée par la SOCIETE MAISON COMBA, la décision du maire d'Aix-en-Provence de signer le contrat de concession avec la société des crématoriums de France, d'autre part, rejeté la demande présentée par la SOCIETE MAISON COMBA devant le tribunal administratif de Marseille ;

2°) de mettre à la charge de la société des crématoriums de France et de la commune d'Aix-en-Provence la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, avec toutes conséquences de droit ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- Le rapport de Mme Dominique Laurent, Conseiller d'Etat,

- Les observations de la SCP Vier, Barthélémy, Matuchansky, avocat de la SOCIETE MAISON COMBA, de la SCP Gatineau, Fattaccini, avocat de la société des crématoriums de France et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la commune d'Aix-en-Provence,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Vier, Barthélémy, Matuchansky, avocat de la SOCIETE MAISON COMBA, à la SCP Gatineau, Fattaccini, avocat de la société des crématoriums de France et à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la commune d'Aix-en-Provence ;

Considérant que la SOCIETE MAISON COMBA se pourvoit en cassation contre l'arrêt en date du 18 décembre 2006 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a annulé le jugement du 30 mars 2004 par lequel le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du conseil municipal d'Aix-en-Provence du 15 février 2001 décidant de confier le service public de crémation à la société des crématoriums de France, la décision implicite de rejet du recours gracieux présentée par la SOCIETE MAISON COMBA, et la décision du maire d'Aix-en-Provence de signer le contrat de concession avec la société des crématoriums de France ;

Considérant en premier lieu, que la cour, pour juger que la durée de 30 ans prévue au contrat de délégation de service public conclu avec la société des crématoriums de France n'était pas excessive, a motivé sa décision en analysant la nature de la durée de l'amortissement prévue par l'article L. 1411 -2 du code général des collectivités territoriales, et en relevant que la durée réelle de l'exploitation était de 27 ans et que la commune avait la volonté de conclure pour une durée de 20 à 30 ans, durée couramment pratiquée dans des conventions de ce type ; que par suite la cour a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, contrairement à ce que soutient la SOCIETE MAISON COMBA ;

ANNEXE N° 5 (suite et fin)

Considérant en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-2 du code général 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 (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions 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 F amortissement comptable des investissements; qu'en jugeant que la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résultait d'un équilibre global entre les différents éléments précités, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'avait pas à vérifier que la convention de délégation contenait elle-même les justificatifs de sa durée, n'a donc pas commis d'erreur de droit ;

Considérant enfin, que la cour, en jugeant qu'il ne résultait pas des pièces du dossier qu'un expert, ancien président de la Fédération Française des Pompes funèbres, siégeant dans la commission technique chargée d'éclairer la commission de délégation de service public, ait eu, avec le gérant de la société candidate qui a été finalement retenue, des liens personnels et financiers susceptibles d'affecter l'impartialité de son expertise, s'est livrée à une appréciation souveraine qu'il n'appartient pas au juge de cassation de contester sauf dénaturation des pièces du dossier ; que la dénaturation des pièces du dossier n'est pas établie par la seule allégation que l'expert aurait eu des relations professionnelles avec ce gérant ; que, de même, la cour, pour juger que le " cahier d'objectifs " remis aux élus et aux candidats en application respectivement des articles L. 1411-4 et L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales n'était pas dépourvu de pertinence et n'avait pu induire en erreur ceux-ci en raison des paramètres qu'il comportait, s'est livrée, au vu des pièces du dossier qui lui était soumis, à une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE MAISON COMBA n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé le jugement du tribunal administratif de Marseille du 30 mars 2004 et rejeté ses demandes présentées devant ce tribunal tendant à l'annulation des actes détachables relatifs à la conclusion par la commune d'Aix-en-Provence du contrat de concession confiant à la société des crématoriums de France le service public de crémation ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société les crématoriums de France qui, dans la présente instance, n'est pas la partie perdante, la somme demandée par la SOCIETE MAISON COMBA au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens; qu'en revanche, il y a Heu de mettre à la charge de la SOCIETE MAISON COMBA la somme de 3 500 euros demandée tant par la ville d'Aix-en-Provence que par la société des crématoriums de France au titre des mêmes frais ;

DÉCIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la SOCIETE MAISON COMBA est rejeté.

Article 2 : La SOCIETE MAISON COMBA versera la somme de 3 500 euros chacun à la ville d'Aix-en-Provence et à la société des crématoriums de France.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE MAISON COMBA, à la société des crématoriums de France et à la commune d'Aix en Provence.