

## CONTRAT ET MARCHÉ

# Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*?

PAR GILLES LE CHATELIER

AVOCAT À LA COUR, PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE DE LYON

### L'ESSENTIEL

Au moment où l'échéance posée par la jurisprudence *Commune d'Olivet* approche, il est important de pouvoir faire un point sur les questions que sa mise en œuvre pose. En particulier, en présence d'un risque indemnitaire pour la collectivité si les conditions de caducité du contrat n'étaient pas remplies, il est important de pouvoir lister les « justifications particulières » susceptibles de fonder une prolongation de l'exécution du contrat au-delà du 3 février 2015. Par ailleurs, un certain nombre de questions concrètes se posent aux collectivités, dans la mise en œuvre opérationnelle de cette jurisprudence, pour lesquelles il n'existe pas, aujourd'hui, de réponses fermes et indiscutables.

Par sa décision bien connue en date du 8 avril 2009 (*Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet*, req. n° 271737, Lebon avec concl.; AJDA 2009. 1090, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi et 1747, étude S. Nicinski; RFDA 2009. 449, concl. E. Geffray), l'assemblée du contentieux du Conseil d'État a estimé que les contrats de délégation de service public conclus dans les domaines de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, avant la loi du 2 février 1995, pour une durée supérieure à vingt ans, ne pourraient plus être régulièrement exécutés, à compter du 3 février 2015, sauf « justifications particulières » soumises à l'examen du trésorier-payeur général. Précisée par l'instruction n° 10-029-M0 du 7 décembre 2010 de la direction générale des finances publiques, cette jurisprudence pose en pratique beaucoup de difficultés tant du côté des collectivités publiques que du côté des opérateurs.

Près de quatre ans après la lecture de cette décision et un peu moins de deux ans avant la date fatidique du 3 février 2015, il est utile de s'interroger sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence *Commune d'Olivet* est aujourd'hui mise en œuvre par les collectivités territoriales délégantes, le plus souvent en partenariat avec les délégataires sortants, légitimement inquiets de la fin éventuelle de leurs contrats à cette date. En particulier, les collectivités publiques doivent s'assurer de la validité d'une décision d'interruption avant terme du contrat, au regard du risque indemnitaire éventuellement encouru par elles.

Plusieurs questions méritent d'être ici examinées : tout d'abord, les fondements sur lesquels peut s'appuyer une demande indemnitaire formée par l'opérateur dont le contrat de délégation serait remis en cause du fait de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* ; ensuite, la nature des justifications particulières susceptibles d'être invoquées par l'opérateur et la collectivité délégante pour bénéficier d'une prolongation du contrat au-delà de 2015 ; enfin, les questions pratiques que soulève la mise en œuvre de la jurisprudence et de l'instruction du 7 décembre 2010.

## I - LES FONDEMENTS DU DROIT À INDEMNITÉ DU DÉLÉGATAIRE

Ces fondements résultent tant du droit français que du droit européen.

### A. La reconnaissance du droit à indemnité par le droit interne

Le droit français pose le principe du droit à indemnisation du cocontractant de l'administration dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée du contrat intervenant pour un motif d'intérêt général. Ce droit à indemnisation est le pendant du droit de résiliation unilatérale dont dispose toujours l'administration (CE, ass., 2 déc. 1958.

*Distilleries de Magnac Laval*, Lebon 246) et auquel elle ne peut légalement renoncer dans le contrat lui-même (CE 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, req. n° 41589, Lebon 141).

Ce principe du droit à indemnisation est la traduction du droit à l'équilibre financier du contrat dont dispose le cocontractant de l'administration (CE 11 mars 1910, *Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways*, req. n° 16178, Lebon 216; CE 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, req. n° 176694, Lebon; RDI 1999. 244, obs. F. Llorens) qui constitue une règle générale s'appliquant à l'ensemble des contrats administratifs (CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, req. n° 34027, Lebon 33).

Le cocontractant a droit, dans cette situation, à l'indemnisation intégrale du préjudice subi (CE 7 août 1874, *Hotchkiss et Koolidge*, Lebon 825); cela signifie que tous les préjudices subis par le cocontractant, du fait de l'extinction anticipée des obligations contractuelles, doivent être indemnisés.

Le cocontractant de la personne publique a droit à l'indemnisation de trois séries de préjudices. Il doit, en premier lieu, voir réparer le préjudice correspondant aux pertes qu'il a subies du fait de la résiliation anticipée du contrat (CE 24 févr. 1971, *Société des téléphériques français et Commune de Guillaumes*, req. n° 76101, Lebon 163). Ainsi, il pourra voir indemnisé l'ensemble des coûts résultant pour lui de la cessation anticipée du contrat (licenciements, résiliation des contrats conclus par le cocontractant pour l'exécution dudit contrat, etc.). En second lieu, le cocontractant a droit à l'indemnisation des bénéfices dont il a été indûment privé (le « manque à gagner », CE 6 mai 1955, *Société Chabal et Cie*, Lebon 244). Le calcul du manque à gagner (ou bénéfice manqué) est déterminé par référence au « produit net moyen » d'années de référence, calculé à partir de l'excédent des recettes sur les dépenses d'exploitation. En dernier lieu, le cocontractant doit se voir indemnifié de la part non amortie des ouvrages à la date de la résiliation. Pour ce faire, le concessionnaire est, tout d'abord, indemnisé de la partie non amortie des biens qui reviennent au concédant – les « biens de retour » – dont le montant est calculé en fonction de la valeur

des équipements après déduction des amortissements (CE 6 févr. 1981, *Commune de Saint-Georges-de-Didonne*, req. n° 19215, Lebon T. 812; CE 20 mai 1994, *Société Le gardiennage industriel de la Seine et autres et Syndicat des transports parisiens*, req. n° 66377, Lebon 1038; CE, ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788, Lebon; AJDA 2013. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau et 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre; D. 2013. 252, obs. D. Capitant; AJCT 2013. 91, obs. O. Didriche; RFDA 2013. 25, concl. B. Dacosta). Les biens de reprise, quant à eux, sont rachetés par le concédant à leur valeur vénale (CE 5 juill. 1967, *Commune de Donville les Bains c/ Société générale technique*, req. n° 60931, Lebon 297; CE 3 mai 1995, *Société Le téléphérique d'Auron*, req. n° 72976).

Ces principes s'appliquent pleinement aux délégations de service public.

L'outefois, pour déterminer les modalités pratiques de la résiliation anticipée, le Conseil d'Etat fait la distinction entre une délégation de service public ne comportant pas la réalisation d'investissements de la part du délégataire et une concession. Ainsi, selon l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat en date du 19 avril 2005 (n° 371234, AJDA 2006. 1371, étude N. Symchowicz et P. Proot): « La rupture anticipée d'une délégation autre qu'une concession, même en l'absence de faute du délégataire, pour un motif d'intérêt général ou événement de force majeure, est toujours possible mais donne lieu à une indemnisation de l'entier préjudice du cocontractant de la collectivité ».

La jurisprudence *Compagnie générale des eaux c/ Commune d'Olivet* ne remet pas en cause ces principes.

Il résulte, en effet, des conclusions du rapporteur public Edouard Geffray, dans cette affaire, que le droit à indemnisation du délégataire est exclu dans la seule hypothèse où les ouvrages objet du contrat de délégation auraient été complètement amortis. Dans cette situation, il ne saurait, par définition, y avoir une quelconque part non amortie desdits investissements dont le délégataire évincé devrait être indemnisé. Ce n'est que lorsque l'on se situe au-delà de la « durée normale d'amortissement », au sens des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), que l'exploitation du contrat produit « un profit illégal » dont les dispositions de la loi Barnier de 1995 ont justement entendu interdire la survenance (v. concl. E. Geffray sur CE, ass., 8 avr. 2009, *CGE et Commune d'Olivet*, RFDA 2009. 449).

La notion de « durée normale d'amortissement » ne se limite pas, on le sait, à la seule durée d'amortissement comptable des immobilisations. Dans sa décision du 11 août 2009, *Société Maison Comba (Société Maison Comba c/ Société des crématoriums de France. Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 303517, Lebon; AJDA 2010. 954, note P. Subra de Bieusses), le Conseil d'Etat a interprété de la manière suivante les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT en jugeant que: « Il résulte des dispositions [de l'article L. 1411-2 du CGCT] que la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être

## Le droit à indemnisation du cocontractant est le pendant du droit de résiliation unilatérale de l'administration



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 ».

On retrouve ici exprimée la conception selon laquelle la durée normale du contrat de délégation de service public est bien celle qui permet à l'opérateur de « 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 ». Pour la haute assemblée, la durée du contrat doit prendre en considération une durée d'exploitation « normale » permettant au délégataire de couvrir ses charges par des recettes, assurant par là même l'équilibre économique du contrat dans le temps.

Cette appréciation doit également nécessairement intégrer un « bénéfice raisonnable », sauf à considérer – ce qui serait bien évidemment absurde – que la durée normale d'un contrat de délégation de service public correspondrait à la situation où le contrat serait tout juste équilibré. Comme le relève l'instruction du 7 décembre 2010, la jurisprudence retient de longue date cette notion (CE 7 mars 1913, *Compagnie du gaz d'Angers*, Lebon 325; CE 23 mai 1951, *Sieur Bongert*, Lebon 283; CAA Marseille, 19 nov. 2007, *Commune de Sanary-sur-Mer*, req. n° 05MA02727). Cette interprétation est confirmée par les commentateurs « autorisés » du centre de documentation du Conseil d'Etat, qui précisent que cette solution d'absence de droit à indemnisation du délégataire, dans la situation ici en cause, n'est admissible

que parce que les investissements objets du contrat de délégation de service public ont été entièrement amortis (S.-J. Lieber et D. Botteghi, La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public: une application immédiate à effet différé, AJDA 2009. 1090).

Ce qu'a voulu interdire la jurisprudence *Commune d'Olivet* c'est, comme l'indiquait le rapporteur public dans ses conclusions, la situation de contrats d'une durée si longue qu'ils auraient produit des rentes de situation injustifiées au profit du délégataire. Or, dans l'hypothèse où le contrat n'est pas complètement « amorti », cette jurisprudence ne pourrait en aucun cas être lue comme justifiant des pertes économiques dans le chef de l'opérateur, sauf à remettre en cause les éléments les plus fondamentaux du droit des contrats administratifs. Dans cette situation, si la personne publique opte pour la résiliation des contrats de délégation de service public à compter du 3 février 2015, elle sera exposée de toute évidence au devoir d'indemniser l'opérateur privé de l'intégralité des investissements non amortis, ainsi que du manque à gagner dont il a été indûment privé, dans les conditions de droit commun précisées ci-dessus.

En plus de ces chefs de préjudice, la jurisprudence semble également admettre la possibilité de voir indemniser le préjudice commercial résultant de la rupture anticipée du contrat, dès lors que cet événement est de

nature à affecter les intérêts commerciaux du délégataire (CAA Marseille, 23 juin 2005, *Société Nice Jazz Productions*, req. n° 00MA01453).

L'existence d'un droit à indemnisation est confirmée par l'analyse qui peut être faite des dispositions du droit européen applicables en cas de résiliation anticipée d'un contrat administratif.

## B. Les fondements du droit à indemnisation provenant du droit européen

L'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Conv. EDH) tel qu'amendé par le protocole n° 11, prévoit que: « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens, conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé qu'une créance contractuelle peut constituer un bien au sens des stipulations précitées de la Conv. EDH (CEDH 1<sup>er</sup> juin 2006, *Fedorenko c/ Ukraine*, req. n° 25921/02). De même, un manque à gagner résultant de la disparition législative d'un revenu futur peut constituer une créance et donc un bien au sens de ces stipulations, si celui qui s'en prévaut a une « espérance légitime de voir sa créance se réaliser » (CEDH 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, req. n° 73049/01, RTD eur. 2008. 405, chron. J. Schmidt Szalowski; CEDH 14 avr. 2009, *S.C. Ghepardul SRL c/ Roumanie*, req. n° 29268/03).

Selon la jurisprudence de la CEDH du 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce* (req. n° 13427/87, § 72, Rec. vol. 301, p. 65; AJDA 1995. 124, chron. J.-F. Flauss; RTD civ. 1995. 652, obs. F. Zenati et 1996. 1019, obs. J.-P. Marguénaud), portant l'application pratique de l'article précité: « La jurisprudence internationale, juridictionnelle ou arbitrale, reconnaît à tout État un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec les particuliers [sentence arbitrale Shufeldt du 24 juillet 1930, Recueil des sentences arbitrales, Société des Nations, vol. II, p. 1095]; ainsi le veut la prééminence des intérêts supérieurs de l'État sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder les intérêts du contrat ». Ainsi, si le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats par l'administration est reconnu par la jurisprudence européenne, ce pouvoir n'est pas absolu. L'administration doit indemniser son cocontractant des dommages qu'il a subis, à la suite de cette résiliation anticipée.

Toutefois, la jurisprudence de la CEDH admet que la puissance publique puisse intervenir légitimement pour procéder à des privations de propriété. Cette intervention n'est possible que si les trois conditions suivantes sont remplies (CEDH 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 151/75): si cette intervention

**Il ressort de la jurisprudence de la CEDH que le pouvoir de résiliation unilatérale n'est pas absolu**

poursuit un but d'utilité publique ; si cette privation intervient dans des conditions prévues par la loi ; s'il existe un lien de proportionnalité entre le but poursuivi et la privation de propriété décidée (CEDH 18 févr. 1991, *Fredin c/ Suède*, req. n° 12033/86, AJDA 1992. 15, chron. J.-F. Flauss). Ainsi, la Cour a admis la possibilité, au nom d'un motif d'utilité publique, de remettre en cause des contrats existants (CEDH 19 déc. 1989, *Mellacher et autres c/ Autriche*, req. n° 10522/83), s'il existe des « justifications spéciales » fondant une telle intervention de la puissance publique dans les relations contractuelles existantes (CEDH 20 juill. 2004, *Bäck c/ Finlande*, req. n° 37598/97, AJDA 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss).

La décision *Commune d'Olivet*, selon les conclusions de son rapporteur public Edouard Geffray, s'inscrit dans le cadre posé par la jurisprudence de la CEDH, dès lors que la loi Barnier de 1995 poursuit un « but d'utilité publique », au sens de la jurisprudence précitée. Pour la haute assemblée, la solution ici retenue ne méconnaît pas les règles de droit européen, si l'on considère que « l'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 » constitue un « but d'utilité publique » au sens de la jurisprudence de la CEDH.

Mais, encore une fois, la jurisprudence européenne ne peut être interprétée comme validant le refus de tout droit à indemnisation que si les contrats de délégation de service public en cause portent sur des ouvrages déjà totalement amortis et pour lesquels le délégataire disposerait ainsi d'une « rente de situation » induite. Comme le relève Edouard Geffray dans ses conclusions, l'absence de préjudice indemnissable se justifie dans cette hypothèse par les finalités poursuivies par le législateur. Mais, une nouvelle fois, une telle justification n'existe plus, si les biens objets du contrat de délégation de service public ne sont pas encore complètement amortis à la date où le contrat est résilié. Dès lors, les principes de la jurisprudence de la CEDH sur le droit à indemnisation du cocontractant dans l'hypothèse où le contrat est résilié par anticipation s'appliquent pleinement à la situation de résiliation anticipée des délégations de service public à la date du 3 février 2015. Si la personne publique refusait tout droit à indemnisation, cette décision serait ainsi directement contraire aux principes de droit européen sus-rappelés.

## II - LES JUSTIFICATIONS PARTICULIÈRES PERMETTANT UNE PROLONGATION DU CONTRAT

Comme l'indique la décision *Commune d'Olivet* : « 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 du trésorier-payeur général [...] ».

L'instruction du 7 décembre 2010 reprend cette notion en relevant que : « L'autorité délégante doit rassembler les justifications particulières et les soumettre au directeur départemental des finances publiques, qui rendra un avis ».

Ces justifications apparaissent, à la pratique, pouvoir relever de trois ordres de considérations : la durée d'amortissement des biens et la nature des prestations demandées, le risque indemnitaire encouru par la collectivité en cas de fin anticipée du contrat, et aussi les effets éventuels sur les tarifs du service d'une telle situation.

### A. La durée d'amortissement des investissements et la nature des prestations

La référence à la durée d'amortissement est certainement celle dont l'examen est le plus aisé. Dès lors que les biens supports du service ne sont pas entièrement amortis, la fin anticipée du contrat méconnaît les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT et ouvre droit à indemnisation au profit du titulaire du contrat.

Certes, le juge a admis que ces dispositions n'interdisent pas, par principe, que la durée du contrat puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés (CE 4 juill. 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole [CACM], Veolia eau - Compagnie générale des eaux*, req. n° 352417, Lebon : AJDA 2012. 1376 ; JCP Adm. 2012, n° 2388, note J.-B. Vila ; BJC 2012, n° 85, p. 426, concl. N. Boulouis). Mais la même décision prend soin de relever que, dans cette hypothèse, le contrat peut tout à fait régulièrement prévoir l'indemnisation du titulaire du contrat de la valeur non amortie de ces biens à la date de fin de contrat. Une telle solution n'est que l'application normale des principes rappelés précédemment (v. *supra*).

Depuis l'intervention de la jurisprudence précitée *Société Maison Comba*, la notion d'amortissement est plus complexe à saisir que la simple application de règles d'amortissement comptable. Il appartient en effet au directeur départemental des finances publiques, saisi en ce sens, de s'assurer que sur la durée d'exécution du contrat de délégation, l'ensemble des charges du délégataire a été couvert par ses recettes et qu'il aura bénéficié en plus d'un « bénéfice raisonnable » pour l'exploitation du service. L'instruction du 7 décembre 2010 reconnaît ce mode de calcul, sans éclairer cependant les parties sur le montant et le mode de calcul de ce bénéfice, ce qui peut donner lieu à l'évidence à débat, voire à contestation. Si les parties sont en mesure

**La décision Commune d'Olivet s'inscrit dans le cadre posé par la jurisprudence de la CEDH**



de prouver que les investissements à la charge du délégataire n'ont pas été complètement amortis à la date du 3 février 2015 et/ou que l'ensemble de ses charges depuis le début du contrat n'ont pas été couvertes par les recettes, avec la prise en compte d'un bénéfice raisonnable, on se trouve à l'évidence en présence d'une justification particulière, au sens de la décision *Commune d'Olivet*.

Au titre des charges susceptibles d'être prises en compte, se pose la question des éventuels droits d'entrée. Ainsi, le fait que le délégataire ait exposé de tels droits au démarrage du contrat qui n'auraient pu être amortis sur la durée dudit contrat peut-il justifier une prolongation au-delà de 2015 de son exécution ?

L'instruction du 7 décembre 2010 répond sans ambiguïté par l'affirmative à cette question lorsqu'elle indique : « Les notions de nature des prestations ou d'investissements à réaliser pourront inclure des éléments que le droit actuellement en vigueur n'admet plus, comme le versement de droits d'entrée ». Cette position

semble conforme à l'opinion dominante de la doctrine sur ce point. Ainsi, en dehors des matières dans lesquelles les droits d'entrée sont exclus, il est considéré que les droits d'entrée équivalents aux frais de premier établissement soient exigibles dans la mesure où ils sont liés à l'objet de la délégation, comme en témoigne d'ailleurs l'avis rendu par le Conseil d'État le 19 avril 2005 (préc.). Dans cet avis, le Conseil d'État indique ainsi : « Ces droits d'entrée que la convention doit justifier, doivent être conformes à l'objet de la

délégation. Bien qu'aucune décision juridictionnelle n'ait tranché ce point, on peut admettre qu'ils ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Enfin, si les biens nécessaires à l'exécution du service appartiennent en principe à l'autorité délégante et ne peuvent faire l'objet d'un rachat, il ne paraît pas impossible que les droits d'entrée comprennent le coût des biens utiles à la délégation [biens de reprise que le délégataire sortant aurait cédés à la collectivité] ».

La doctrine considère ainsi, dans la ligne de cet avis, que la durée d'amortissement de tels droits d'entrée peut être prise en compte pour le calcul de la durée du contrat de délégation de service public, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT (v. en ce sens, P. Idoux et F. Cafarelli, *Durée des délégations de service public*, Dr. adm. nov. 2009, comm. 147).

## B. Le risque indemnitaire encouru par la collectivité en cas de fin anticipée du contrat

Corollaire du point précédent et en lien avec les principes d'indemnisation sus-rappelés, le directeur dé-

partemental des finances publiques, lorsqu'il est saisi en application de la jurisprudence *Commune d'Olivet*, doit nécessairement veiller à ce que la fin anticipée du contrat ne se solde pas par un coût indemnitaire mis à la charge de la collectivité délégante qui apparaîtrait trop important. Comme on l'a vu précédemment, si le contrat de service public voit son terme anticipé avant que l'ensemble des investissements réalisés aient été amortis, le délégataire sortant bénéficie d'une indemnité couvrant la valeur non amortie desdits biens.

De même, dans la ligne de la jurisprudence *Société Maison Comba* précitée, le délégataire aura droit à une indemnité couvrant les éventuels déficits d'exploitation cumulés qui n'auraient pas été compensés par des bénéfices correspondants. Ce raisonnement a notamment été retenu par le juge au titre de l'amortissement économique du contrat (CAA Bordeaux, 9 juin 2011, *Société Lyonnaise des eaux c/ Commune de Castres*, JCP Adm. 2011, n° 2388, comm. J.-B. Vila). De même, la société délégataire bénéficiera du manque à gagner, calculé à partir des bénéfices dont elle aura été privée par l'anticipation du terme du contrat de délégation de service public.

Enfin, si le contrat lui-même prévoyait des clauses d'indemnisation spécifiques, le délégataire aura droit bien évidemment au bénéfice desdites clauses, même si la jurisprudence a encadré leur mise en œuvre, dans l'hypothèse où ces clauses procéderaient à l'attribution d'une indemnité d'un montant manifestement disproportionné (CE 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols*, Le Vigan, req. n° 334280, Lebon; AJDA 2011, 929; RDI 2011, 396, obs. S. Braconnier; Contrats Marchés publ. 2011, n° 216, comm. G. Eckert).

En effet, dans une telle hypothèse, une indemnisation trop généreuse du délégataire, même prévue par le contrat, s'apparenterait à une libéralité dont le principe est proscrit par la jurisprudence administrative (CE, sect., 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, req. n° 79962, Lebon 235; CE, ass., avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de Haÿ-les-Roses*, req. n° 249153, Lebon 433 avec concl.; AJDA 2003, 280, chron. F. Donnat et D. Casas; RFDA 2003, 291, concl. G. Le Chatelier et 302, note B. Pacteau).

La somme des montants à indemniser doit effectivement être prise en compte par le directeur des finances publiques dans son appréciation. Soucieux de l'économie des deniers publics, et dès lors que la prolongation du contrat qui lui est proposée n'apparaîtrait pas excessive dans la durée, il y a tout lieu de croire que l'administration déconcentrée du ministère des finances aura à cœur de préserver les intérêts des finances publiques en écartant la piste de l'indemnisation. Un chiffrage attentif des différents chefs de préjudice que le délégataire pourrait faire valablement jouer en cas de résiliation anticipée du contrat justifiés par la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*, apparaît tout particulièrement important, en particulier dans l'hypothèse où le délégataire sortant introduirait une action contentieuse en responsabilité à l'encontre de l'autorité délégante.

Il résulte de plusieurs avis rendus par les directeurs départementaux des finances publiques que le risque indemnitaire couru par l'autorité délégante est un paramètre pleinement pris en compte par l'administration.

### C. L'effet d'une résiliation anticipée sur les tarifs

Le dernier critère à prendre en considération par l'administration pour savoir si elle autorise une prolongation au-delà du 3 février 2015 du contrat de délégation de service public en cours est l'effet éventuel sur les tarifs du service d'une décision de résiliation anticipée du contrat de délégation de service public. On sait que la question d'une éventuelle augmentation très importante des tarifs du service public est un cas justifiant la prolongation d'un contrat de délégation de service public en cours.

Comme l'indiquent les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT, la prolongation du contrat de délégation de service public est possible : « 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 ». Cette disposition vise tout simplement à permettre l'allongement de la durée du contrat de délégation de service public dans l'hypothèse où l'amortissement de celui-ci sur la durée restant à courir, ne pourrait se solder que par une augmentation forte des tarifs du service public.

On retrouve une nouvelle fois des considérations liées à l'amortissement des investissements qui constituent bien évidemment un élément clé de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*. Ces considérations de tarifs peuvent être d'autant plus importantes dans l'hypothèse où la collectivité, pour des raisons notamment de durée de contrat, serait contrainte de remplacer le contrat en cours par un contrat de durée courte, par exemple pour coïncider avec l'échéance d'autres contrats de distribution d'eau ou d'assainissement.

Cette hypothèse peut tout à fait être rencontrée lorsque, par exemple, le contrat concerné par la jurisprudence *Commune d'Olivet* concerne une ou plusieurs communes regroupées depuis lors avec d'autres dans une intercommunalité souhaitant aligner sur la même durée l'ensemble de ses contrats. Dans cette hypothèse en effet, la collectivité ne souhaitera pas renouveler les contrats en cours pour une très longue durée dès lors que le terme permettant d'harmoniser l'ensemble des contrats, apparaîtrait plus rapproché.

Là aussi, à l'expérience, plusieurs directeurs départementaux des finances publiques acceptent de prendre en compte ces considérations pour considérer qu'une hausse très importante des tarifs constitue une « justification particulière » au sens de la jurisprudence *Commune d'Olivet*.

### III - LES QUESTIONS PRATIQUES CONCERNANT LA MISE EN PLACE DE LA JURISPRUDENCE COMMUNE D'OLIVET

Malgré les éclaircissements apportés sur un certain nombre de points par l'instruction du 7 décembre 2010, plusieurs questions restent ouvertes quant à la mise en

œuvre en pratique de la jurisprudence *Commune d'Olivet*. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut lister les points suivants : son champ d'application ; la formalisation de la décision prise par la collectivité en application de cette jurisprudence ; la possibilité de modifier par avenant la convention de délégation de service public avant le 3 février 2015 ; la question de droits éventuels à indemnité dont pourrait bénéficier le délégataire sortant même dans l'hypothèse où la fin anticipée du contrat est justifiée.

### A. Le champ d'application de la jurisprudence Commune d'Olivet

La décision *Commune d'Olivet* focalise son application sur la situation particulière des contrats d'eau, d'assainissement et de traitement de déchets visés par la loi Barnier et dont la durée est limitée à vingt ans par ses dispositions. Néanmoins, il convient de rappeler que le raisonnement adopté par cette jurisprudence vaut pour tous les contrats de délégation de service public.

A suivre le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat dans cette décision, l'ensemble des contrats de délégation de service public, dès lors que leur durée dépasserait la durée normale d'amortissement telle qu'elle est prévue à l'article L. 1411-2 du CGCT, éclairé par la jurisprudence du Conseil d'Etat, tomberait alors sous le coup du raisonnement tenu par la haute assemblée dans l'arrêt *Commune d'Olivet*. Dès lors, et même si, pour des raisons évidentes, l'ensemble des acteurs s'est focalisé sur les seuls contrats entrant dans le champ d'application de la loi Barnier avec la date fatidique du 3 février 2015, il convient ici d'attirer leur

**Le raisonnement adopté par l'arrêt Commune d'Olivet vaut pour tous les contrats de DSP**

attention sur le fait que le raisonnement de la jurisprudence *Commune d'Olivet* s'applique aussi aux contrats échappant à cette contrainte maximale de vingt ans.

Bien évidemment, pour ces autres contrats, il ne saurait exister un même rendez-vous préfixé, chaque contrat pouvant donner lieu à une appréciation particulière quant à la durée au-delà de laquelle on serait dans la situation que le Conseil d'Etat a entendu proscrire. Dès lors, il convient de s'assurer, pour chaque contrat de délégation de service public en cours, que celui-ci n'est pas susceptible de tomber sous le coup du raisonnement tenu par le Conseil d'Etat dans sa décision *Commune d'Olivet*.

L'autre différence notable, par rapport aux contrats de délégation de service public entrant dans le champ d'application de la loi Barnier, est bien évidemment le fait que pour ces contrats, on ne voit pas à quel titre l'avis du directeur des finances publiques devrait être requis. Même si l'on peut s'interroger sur la portée normative de l'arrêt du Conseil d'Etat et de l'instruction du 7 décembre 2010 imposant la consultation du directeur départemental des finances publiques dans la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* pour les contrats soumis à la loi Barnier, en tout état de cause, pour les autres contrats de délégation de service public, une telle formalité ne s'impose en aucun cas.

En revanche, les collectivités pourraient souhaiter



...  
s'adresser au directeur départemental des finances publiques dans l'hypothèse où elles auraient un doute sur la durée des contrats en cours, par définition conclus avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin du 29 janvier 1993, et pour lesquels les nouvelles dispositions relatives à la durée des contrats ne seraient pas complètement respectées. Certainement, les directions départementales des finances publiques, compte tenu de l'expérience qu'elles ont de ces sujets, notamment à travers la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*, peuvent apporter un conseil éclairé sur ce point particulier aux collectivités qui les saisiraient.

L'autre question que pose la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet* est celle de la computation du délai de vingt ans. En effet, les dispositions de la loi Barnier, insérées aujourd'hui dans l'article L. 1411-2 du CCCT, se contentent de proscrire les contrats de délégation de service public d'une durée supérieure à vingt ans. La question est de savoir comment calculer cette durée.

Doit être ici mentionné l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel (CAA) de Lyon le 3 novembre 2011 dans l'affaire *Société Véolia Propreté* (req. n° 10LY00536, AJDA 2012. 83, chron. C. Vinet; Etat des lieux des clauses financières et de la durée de délégation de service public: plaider pour une révision des calculs applicables, JCP Adm. 2012, n° 2226, comm. J.-B. Vila). La cour a en effet jugé que la

durée d'exécution de contrats portant délégation de service public doit être appréciée, lorsque les installations sont à la charge du délégataire, en tenant compte de la durée normale d'amortissement des investissements dont le point de départ est la date d'achèvement des installations et la mise en service de l'ouvrage. La cour poursuit en indiquant: « Dans ces conditions, la durée maximale de vingt ans, prévue pour les délégations de service public consenties dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des or-

dures ménagères et autres déchets, doit être entendue comme concernant la seule période d'exploitation de l'ouvrage, au cours de laquelle le délégataire se voit effectivement confier la gestion d'un service public, à l'exclusion de la période de travaux ». Pour la cour de Lyon, en effet, la limite de vingt ans prévue par la loi Barnier ne couvre que la seule exploitation du contrat: doit donc être exclu du calcul de cette durée, le délai nécessaire pour le délégataire à la construction de l'ouvrage dont il devra assurer l'exploitation.

Ce raisonnement est la retranscription fidèle aux contrats couverts par la loi Barnier de la solution retenue par le Conseil d'Etat dans sa décision *Commune de Chartres* (CE 8 févr. 2010, req. n° 323158, Lebon; AJDA 2010. 240). Dans cette décision, le Conseil d'Etat a en effet jugé que la durée totale du contrat devait s'entendre de la durée permettant au cocontractant un amortissement économique de ses investissements, dans la ligne de la jurisprudence *Société Maison Comba*, à laquelle venait s'ajouter la durée nécessaire à la réalisation des travaux. Dès lors, dans ces conditions, la durée de réalisation des travaux s'ajouterait à la durée contractuelle.

Pour la CAA de Lyon, lorsque la loi Barnier limite à

une durée de vingt ans les contrats de délégation de service public, cette limitation ne porte que sur la durée d'exploitation du contrat et non sur la durée totale de celui-ci, si l'exécution de ce dernier comporte la réalisation d'investissements. Cette position est particulièrement intéressante et aboutirait à revoir dans certaines situations l'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* à un certain nombre de contrats entrant dans le champ d'application de la loi Barnier.

En effet, pour ces contrats, lorsqu'ils comportent la réalisation d'investissements par le délégataire, la durée au-delà de laquelle la jurisprudence *Commune d'Olivet* pourrait être appliquée, pourrait être supérieure à une durée de vingt ans. Dans cette hypothèse, l'application de la jurisprudence ne se ferait pas alors à la date du 3 février 2015, mais peut-être à une date ultérieure prenant en compte la durée de réalisation des investissements. Cette solution qui semble, à première vue logique, mérite néanmoins d'être confirmée par le Conseil d'Etat.

## B. La formalisation de la décision prise par la collectivité en application de la jurisprudence *Commune d'Olivet*

La mise en œuvre par une collectivité délégante de la jurisprudence *Commune d'Olivet* passe nécessairement par une décision sur la suite de l'exécution du contrat de délégation à son initiative. En effet, la logique de la jurisprudence du Conseil d'Etat, telle qu'interprétée par l'instruction ministérielle du 7 décembre 2010, consiste bien à imposer à la collectivité d'apprécier la situation du contrat qui la lie au délégataire, et en particulier s'agissant d'examiner si la durée restant à courir après le 3 février 2015 excède ou non la durée normale d'amortissement prévue par la loi.

La conséquence en termes de caducité que retient le juge n'impose aucune automaticité à la collectivité qui, d'une part, doit se livrer à une appréciation économique concrète de la situation du contrat et, d'autre part, reste libre de ses choix, l'avis de la direction départementale des finances publiques (DDFIP) n'étant ici que purement consultatif. Quel que soit le degré de formalisation de cette décision, celle-ci existera en tout état de cause, la jurisprudence ayant, d'ailleurs, jugé que l'abstention de prendre une décision constituait un acte à caractère décisoire, susceptible de recours pour excès de pouvoir, dès lors qu'elle avait des effets de droit (CE, ass., 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, req. n° 34252, Lebon).

Il doit donc bien y avoir une prise de décision de la collectivité qui se traduira nécessairement, si la collectivité ne souhaite pas poursuivre l'exécution du contrat, par une décision assimilable à la résiliation du contrat de délégation. A cet égard, l'instruction ministérielle évoque bien (p. 10) la possibilité d'une délibération « constatant la caducité du contrat ». Or, une telle délibération s'assimile clairement à une décision de résiliation.

On peut donc admettre une forme d'assimilation possible entre constatation de la caducité et résiliation expresse du contrat. Un tel rapprochement est d'ailleurs

**On peut admettre une forme d'assimilation entre constatation de la caducité du contrat et résiliation expresse**

bien souligné par la doctrine. Comme le relève S. Braconnier (L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général, AJDA 2009. 2035), plusieurs éléments rapprochent caducité législative et résiliation unilatérale : l'impossibilité pour l'administration d'y renoncer, le fait que dans les deux cas il est mis fin au contrat pour l'avenir et enfin le droit du titulaire du contrat à voir amortis les effets de cette fin anticipée du contrat, selon les principes précités. Ainsi, par ses effets, la constatation de la caducité s'assimile bien à une résiliation anticipée du contrat (S. Nicinski, L'arrêt *Commune d'Olivet* et les distributeurs d'eau, AJDA 2009. 1747; Y. Laurans, La caducité des contrats administratifs, RFDA 2011. 495).

On peut ainsi douter de la validité de la solution, pourtant indiquée dans l'instruction ministérielle du 7 décembre 2010 selon laquelle la collectivité pourrait s'abstenir de prendre toute décision, pour aboutir à la caducité « automatique » du contrat qui s'imposerait alors aux parties, rendant impossible l'exécution ultérieure du contrat (C. Cabanes et B. Neveu, jurisprudence *Olivet*, précisions sur l'examen de la validité de la durée des DSP, ACCP avr. 2011, p. 70).

Une telle solution semble en tout état de cause de mauvaise gestion et paraît aller au-delà de la décision *Commune d'Olivet*. En effet, une telle abstention paraît éminemment critiquable dans la mesure où la preuve n'est pas alors apportée de ce que la collectivité aurait expressément examiné la situation concrète du contrat de délégation à l'aune des critères susmentionnés. De même, compte tenu des enjeux d'une telle « décision », il paraît difficile d'admettre que l'assemblée délibérante ne soit pas conduite à se prononcer sur cette question, ni que le délégataire sortant ne soit pas avisé des motifs pour lesquels la caducité serait retenue.

Bien que cette question ne soit pas traitée par la décision du Conseil d'Etat, ni par l'instruction ministérielle du 7 décembre 2010, il paraît raisonnable de considérer qu'au nom du parallélisme des compétences, ce soit l'assemblée délibérante qui soit saisie de cette décision, pour pouvoir valablement autoriser l'exécutif à mettre un terme anticipé au contrat.

On ne se trouve, en effet, pas ici en présence d'une mesure de « résiliation contractuelle » du contrat qui relève de la compétence de l'exécutif local sans autorisation préalable de l'assemblée délibérante. Cela signifie donc clairement que l'ensemble de l'analyse économique du contrat qui aura pu être faite sur la question de son amortissement devra donner lieu à un débat public. Une telle considération ne peut qu'inciter les collectivités à préparer avec soin un tel débat, avec des questions qui seront nécessairement sensibles, telles que celles relatives à l'évaluation du « bénéfice raisonnable ». Son intervention devra être précédée des éléments d'information nécessaires pour permettre aux élus de se déterminer en pleine connaissance de cause sur la question de savoir si le contrat doit cesser de produire ses effets. L'avis de la DDFIP devra bien évidemment être joint aux éléments d'information détaillés dont devront disposer les élus de l'assemblée délibérante. Cet élément procédural risque de limiter dans la pratique la possibilité pour la collectivité de s'écarter de l'avis de la DDFIP, même si juridiquement une telle option reste tout à fait possible.

On imagine mal, en effet, l'exécutif d'une collectivité prendre le risque politique de s'écarter d'un tel avis, compte tenu de la sensibilité particulière que peut revêtir ce type de sujets dans la vie locale...

Il semble également logique que, dans l'hypothèse où la collectivité décide de poursuivre le contrat, cette décision bénéficie d'une formalisation minimale. Certes, dès lors qu'il est constaté que le contrat peut régulièrement se poursuivre, aucun acte n'est *a priori* nécessaire pour que la convention puisse continuer à s'exécuter. En revanche, l'hypothèse de l'avenant « de confirmation » paraît devoir être exclue (C. Cabanes et B. Neveu, préc.). En effet, une telle confirmation de l'exécution du contrat jusqu'à son terme ne correspond pas à la situation de l'avenant qui, par principe, a pour effet de provoquer une modification de celui-ci.

Néanmoins, une délibération de la collectivité viendrait formaliser le fait que l'analyse de la situation du contrat de DSP au regard de la jurisprudence *Commune d'Olivet* a bien été effectuée, ainsi que les motifs pour lesquels la poursuite du contrat est possible, dès lors que les parties au contrat auraient fait état des « justifications particulières » requises.

Se poserait néanmoins la question du statut contentieux d'une telle délibération : s'agit-il d'une décision purement confirmative, à ce titre insusceptible de recours (CE, sect., 5 déc. 1952, *Desgouillon*, Lebon 561) ou d'une décision ayant un caractère attributif et alors susceptible de recours (CE 9 avr. 1957, *Ministre de l'agriculture c/ Auvray*, Lebon 222)?

Une telle décision ne devrait normalement pas être susceptible de recours, dès lors qu'elle se contente de confirmer l'existence d'un contrat déjà préalablement attribué, mais il appartiendra au juge administratif, s'il est saisi de cette question, d'en décider.

### C. La possibilité de modifier par avenant la convention de délégation de service public avant le 3 février 2015

La question se pose de savoir si, au titre de la durée normale d'amortissement, l'analyse de l'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* peut prendre en compte des avenants qui seraient intervenus après la conclusion du contrat. Plus particulièrement, se pose la question de savoir si les parties, entre l'intervention de la jurisprudence *Commune d'Olivet* et la date fatidique du 3 février 2015, peuvent conclure de tels avenants qui auraient pour effet, en accroissant les investissements mis à la charge du délégataire, de constituer une « justification particulière », au sens de la jurisprudence *Commune d'Olivet* permettant la poursuite du contrat.

A cet égard, il convient de rappeler que la liberté de modifier par avenant un contrat relève de la liberté contractuelle, et que s'agissant d'une collectivité territoriale, une telle liberté est constitutionnellement protégée (Cons. const. 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, D. 1994. 285, obs.

**Il est logique que la décision de la collectivité de poursuivre le contrat bénéficie d'une formalisation minimale**



### On peut s'interroger sur une éventuelle indemnisation du délégataire des charges exposées du fait de la fin du contrat

H. Maist; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud). Dès lors, on ne voit pas au nom de quelles considérations une telle possibilité serait exclue, sauf à venir porter une atteinte excessive à la liberté de toute collectivité territoriale, de décider, par contrats, des modalités de gestion des services publics locaux.

D'ailleurs, la doctrine semble avoir largement accepté cette possibilité (C. Cabanes et B. Neveu, préc.). Ainsi, il semble admis que dans le même avenant, l'autorité délégante et le délégataire puissent convenir, à la fois de prolonger la durée de contrat, et de mettre à la charge du délégataire un certain nombre de prestations d'investissements supplémentaires. Ce choix semble avoir été fait par la ville de Troyes, sans qu'à ce jour cette décision ait fait l'objet d'une annulation contentieuse (V. Wels, La guerre de Troyes aura lieu sur le champ de la jurisprudence *Commune d'Olivet*, JCP Adm. 2012, n° 2). Bien évidemment, pour qu'un tel procédé soit admis, et qu'il ne tombe pas sous le coup de la cen-

sure du juge, il ne doit pas correspondre à un détournement de procédure.

Par ailleurs, et conformément aux termes de l'avis précité du Conseil d'Etat du 19 avril 2005, il doit répondre aux conditions posées par la haute assemblée à cette occasion :

- l'avenant ne peut pas modifier l'objet de la délégation,
- l'avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire,
- l'avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations.

Ainsi et conformément aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT qui admet, sous certaines conditions, la prolongation de la durée de contrats de délégation de service public en cours, l'avenant doit permettre la poursuite du contrat et répondre à l'intérêt du service public sans correspondre à aucun bouleversement des termes du contrat initial.

A ce titre, si une augmentation des investissements demandée est certainement admissible, en revanche une augmentation trop forte de ceux-ci dépassant un volume que l'on peut estimer de l'ordre de 50 % du montant des investissements initiaux, est certainement à proscrire.

### D. La question des droits éventuels à indemnité dont peut bénéficier le délégataire sortant

Bien évidemment, dès lors que la durée normale d'amortissement du contrat au sens précité ne serait pas atteinte, le délégataire a, pour les raisons qui ont longuement été présentées précédemment, droit à l'indemnisation de l'ensemble des préjudices subis.

La question se pose ici de savoir si le délégataire sortant qui voit son contrat interrompu avant terme au nom de la jurisprudence *Commune d'Olivet* et sans qu'aucune justification particulière n'ait pu être produite pour justifier d'une telle prolongation d'exécution, a néanmoins droit à une indemnisation. Edouard Geffray, dans ses conclusions, excluait tout droit à indemnisation du délégataire se trouvant dans cette situation. Néanmoins, on peut se demander si la question n'est pas un tout petit peu plus complexe que le rapporteur public l'exposait dans ses conclusions.

En effet, à suivre la logique de la décision rendue par le Conseil d'Etat, on comprend que le délégataire dont le contrat a atteint la durée normale d'amortissement, c'est-à-dire celle lui permettant, d'une part, d'avoir amorti l'ensemble des investissements éventuellement réalisés, d'autre part, d'avoir équilibré l'ensemble de ses dépenses par ses recettes incluant un bénéfice raisonnable, n'est pas dans la situation où il peut réclamer, ni l'indemnisation de la valeur restant à amortir des investissements réalisés, ni du manque à gagner. Sur ce dernier point, c'est bien la logique de la jurisprudence *Commune d'Olivet* de considérer qu'à la date du 3 février 2015, le délégataire a d'ores et déjà bénéficié d'une rémunération normale des prestations accomplies, la prolongation du contrat au-delà de cette date ayant pour conséquence de lui faire bénéficier d'une forme de rente de situation.

Toutefois, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles seraient exclues de tout droit à indemnisation, les charges éventuellement exposées par le délégataire du fait de la fin du contrat. En effet, dans cette situation, le fait de l'administration provoque bien un préjudice direct et certain dans le chef du délégataire sortant. Si l'on peut suivre la haute assemblée sur son raisonnement sur l'inexistence d'un manque à gagner, le raisonnement est beaucoup plus difficile à tenir s'agissant des charges directement exposées pour mettre fin au contrat, tels que des frais de licenciement de personnel ou de résiliation de contrats et de baux nécessaires à l'exécution du contrat.

En effet dans cette situation, il n'y a aucun motif s'appuyant sur la jurisprudence *Commune d'Olivet* qui viendrait justifier l'exclusion d'un tel droit à indemnité. Le fondement de cette jurisprudence qui est, d'une part, d'éviter la constitution de rentes de situation excessives au profit du délégataire, d'autre part, la nécessité d'assurer une remise en concurrence périodique des titulaires des contrats de délégation de service public, n'a rien à faire avec la question de savoir quel préjudice direct et certain cause au délégataire l'interruption anticipée du contrat. A cet égard, l'indemnisation du *damnum emergens* est générale, et aucun obstacle à l'indemnisation ne paraît pouvoir être sérieusement opposé à ce titre.

L'autre terrain d'indemnisation qui a été parfois évoqué est celui d'une éventuelle responsabilité de l'Etat du fait des lois. Depuis l'intervention de la décision d'assemblée du Conseil d'Etat du 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »* (req n° 51704, Lebon 25), il est admis que l'Etat puisse engager sa responsabilité du fait des lois adoptées par le Parlement.

Traditionnellement, deux séries de considérations excluent tout droit à indemnisation : soit le fait que le

législateur ait entendu exclure tout droit à indemnité, en raison de la nature de la décision prise par le Parlement, soit l'absence du caractère direct et certain du préjudice indemnissable. Si cette deuxième condition paraît en l'espèce remplie, il y a bien évidemment un débat sur la première condition.

Dans la ligne des conclusions du rapporteur public sur l'arrêt *Commune d'Olivet*, il semble pouvoir être soutenu que l'objectif même de la loi Barnier, en limitant à vingt ans la durée de certains contrats de délégation de service public, était directement d'interdire la constitution de telles rentes de situation. Dès lors, l'intervention de cette décision, en mettant en œuvre directement les dispositions de la loi Barnier, rejoindrait l'objectif du législateur souhaitant exclure tout droit à indemnisation.

Néanmoins, on peut également se demander si cette justification est suffisante pour interdire tout droit à indemnité. En effet, la situation contractuelle qui donne lieu à l'application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* résulte de l'exercice de la liberté contractuelle d'une collectivité locale et d'un opérateur privé ou public. Dans ces conditions, admettre que la loi Barnier aurait eu nécessairement pour effet de porter atteinte à une telle liberté contractuelle en limitant à vingt ans la durée de ses contrats, n'aboutit pas néanmoins à considérer que l'activité en cause ait été d'une quelconque manière répréhensible.

De même, elle porte nécessairement atteinte aux principes d'égalité devant la loi, dès lors qu'elle ne pénalisera que les contrats dont le terme se situe au-delà du 3 février 2015, alors que tous ceux qui auraient eu les mêmes caractéristiques que ceux dont la prolongation ne serait pas autorisée, mais dont le terme se serait situé avant cette date, auraient eux bénéficié de l'exécution du contrat sur l'ensemble de sa durée. Là encore et une nouvelle fois, si l'on peut adhérer aux objectifs

fixés par la loi Barnier, on peut néanmoins se poser la question de savoir si sa mise en œuvre peut s'exécuter, dans les conditions particulières de la jurisprudence *Commune d'Olivet* qui s'applique à des contrats en cours d'exécution, en écartant tout droit à indemnité et toute responsabilité de l'Etat.

A cet égard, la question supplémentaire qui se pose ici est celle de savoir si la responsabilité de l'Etat est engagée sur le terrain de la responsabilité du fait des lois, ou du fait des activités juridictionnelles. Néanmoins, il est certain que si l'on se rangeait à ce deuxième terrain, il conviendrait alors de se situer sur le terrain de la faute lourde, puisque la responsabilité de l'Etat à ce titre, ne peut l'être que dans cette hypothèse, et uniquement si le préjudice trouve son origine dans le dispositif de la décision juridictionnelle rendue, dans l'hypothèse où la décision est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire (CE 18 juin 2008, *Gestas*, req. n° 295831, *Lebon*; AJDA 2008. 1237; RFD 2008. 755, concl. C. de Salins et 1178, note D. Pouyaud).

Si une telle action devait être portée devant le juge, il appartiendrait alors à la partie le saisissant d'établir l'existence d'une telle faute lourde, ce qui ne constitue à l'évidence pas un exercice aisé. En revanche, compte tenu notamment des liens importants entre la Conv. EDH et le droit communautaire, il n'apparaît pas impossible de faire admettre la responsabilité de l'Etat du fait du dispositif des décisions juridictionnelles, pour une méconnaissance de la Conv. EDH...

Nul doute néanmoins que la réponse à l'ensemble de ces questions viendra à un moment ou à un autre d'un éventuel contentieux qui pourrait être engagé à l'occasion de la mise en œuvre de la jurisprudence *Commune d'Olivet*.