Les conséquences de l'arrêt « Commune d'Olivet » dans le secteur de l'eau

- **La durée des contrats de délégation du service public de l'eau, même initialement supérieure à 20 ans, peut être prolongée au-delà de la date du 3 février 2015, sous réserve de justifications particulières en ce sens.**
- **Quels que soient ces justifications et l'avis — obligatoire — de la DDFIP, la collectivité délégante reste soumise à la commission de délégation de service public et à l'assemblée délibérante, ce qui nécessite de prévoir un calendrier rigoureux.**

Auteurs

Romain Granjon et **Gilles Le Chatelier**, avocats associés cabinet Adamas

Références

CE 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet, req. n° 271737, Instruction de la Direction générale des finances publiques n°10-029-MO du 7 décembre 2010

Mots clés

Eau • Délégation de service public • Durée • Amortissement • Nature des prestations • Tarif du service • Intérêt général • Équilibre économique du contrat • Avis de la DDFIP • Résiliation anticipée • Indemnisation du délégataire • Formalités •

L'arrêt « Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet » du 8 avril 2009 a soumis les praticiens des contrats de délégation de service public concernés par cette décision à de réelles difficultés de mise en œuvre que de nombreux commentateurs ont essayé d'éclairer[1]. L'instruction de la Direction générale des finances publiques n°10-029-MO du 7 décembre 2010 a apporté des éclaircissements utiles sur un certain nombre de questions importantes[2]. Toutefois, la complexité des situations créées par la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État ne pouvait à elle seule être réglée par ce texte, quelles que soient au demeurant ses qualités pédagogiques réelles. De plus, comme pour l'édiction de toute nouvelle règle ou procédure, l'instruction elle-même suscite à l'évidence un certain nombre d'interrogations.

Bien que la matière soit ici particulièrement importante, cet article se limite à l'examen de trois séries de questions susceptibles de se poser aux collectivités territoriales et aux entreprises délégataires dans le domaine de l'approvisionnement en eau :

– la nature des justifications pouvant être apportées pour établir la possibilité de prolonger la durée des contrats de DSP en cours, au-delà de la date fatidique du 3 février 2015 (**I**) ;

– les effets de l'avis rendu par la direction départementale des finances publiques (**II**) ;

– la gestion du calendrier jusqu'au 3 février 2015 (**III**).

(1) Voir par exemple « L'arrêt Commune d'Olivet et les distributeurs d'eau », S. Nicinski, AJDA 2009, p. 1747, « Durée des délégations de service public : où en est-on après la décision Commune d'Olivet ? », note XD, CP-ACCP n°95, janvier 2010, p.67.

(2) Voir pour un commentaire de cette instruction « Jurisprudence Olivet : précision sur la validité de la durée des DSP », C. Cabanes et B. Neveu, CP-ACCP n°109, avril 2011, p. 70.

I. La nature des justifications pouvant être apportées

Dans sa décision du 8 avril 2009, le Conseil d'État pose désormais l'obligation aux collectivités publiques de :

> « S'assurer que [le] 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… ».

L'arrêt admet que le contrat de DSP puisse continuer à s'exécuter au-delà du 3 février 2015[3], si sont apportées des « *justifications particulières* » en ce sens.
Deux séries de questions se posent ainsi aux collectivités : celle des éléments pouvant être pris en compte, s'agissant de la nature des prestations à assurer **(A)** et celle, en cas d'investissement, de l'appréciation de la durée normale d'amortissement **(B)**.

A) Les justifications susceptibles d'être apportées au titre de la nature des prestations

C'est certainement une des questions les plus délicates à apprécier : comment justifier la durée d'une convention de DSP par la nature des prestations assurées ? Cette difficulté se retrouve d'ailleurs à la lecture de l'instruction du 7 décembre 2010 qui, lorsqu'elle aborde cette question, ne l'éclaire que par des postes de charge du compte d'exploitation du délégataire :

> « Investissements matériels (construction ou mise aux normes d'ouvrages, réalisation ou remise en état d'un réseau, acquisition de machines…), investissements immatériels (brevets…), des opérations de gros entretien, mais aussi dans certains cas des charges de personnel ». [4]

Dès lors que l'on met à part les éventuels investissements (cf. *infra*), la nature des prestations justifiant d'aller au-delà de la limite posée n'est pas facile à cerner, sauf à admettre que le délégataire accepterait de réaliser des prestations dans des conditions de rentabilité économique incertaines.
On peut citer à cet égard l'exemple de la renégociation par le Syndicat intercommunal de l'alimentation en eau potable de l'agglomération cannoise (SICASIL) qui a justifié la prolongation au-delà du 3 février 2015 de la DSP portant sur l'eau, en obtenant du délégataire une baisse de sa rémunération de 5 M€ à compter de 2011. Contre cet engagement, le contrat se poursuivra jusqu'à son terme, soit 2023.
Cette opération a été justifiée par la collectivité, invoquant l'intérêt général résultant de la baisse immédiate des tarifs de l'eau pour les usagers, alors qu'une remise en concurrence en 2015 n'aurait pas nécessairement permis d'obtenir un tel résultat.
S'agit-il d'une justification tirée de la « nature des prestations », là où est simplement en cause le tarif du service ? Plus généralement, un motif d'intérêt général peut-il justifier une prolongation du contrat au-delà de 2015 ? À ce dernier titre, comment arbitrer un conflit entre le « motif impératif d'ordre public » tiré de la mise en concurrence périodique des opérateurs souhaitant exploiter une DSP d'eau et tout autre motif d'intérêt général, tiré par exemple d'une baisse des tarifs, de recettes supplémentaires pour la collectivité ou d'autres avantages provenant de la stabilité des situations contractuelles ?
On peut sérieusement s'interroger sur ces points, en l'absence de validation par le juge de telles solutions qui paraissent, à première vue, s'éloigner de la logique résultant des dispositions de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993.

B) Les justifications de la durée normale d'amortissement

Depuis les décisions du Conseil d'État « Maison Comba »[5] et « Commune de Chartres »[6], la jurisprudence a considérablement éclairé la notion de durée normale d'amortissement :

> « 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 ».

L'appréciation de cette durée court à compter de la mise en exploitation de l'installation.
La difficulté réside ici dans les éléments à prendre en compte pour veiller à l'équilibre économique du contrat. Si l'instruction du 7 décembre 2010 traite de manière très claire — et justifiée — la question des droits d'entrée et de l'amortissement des emprunts éventuellement consentis pour financer l'investissement, elle introduit sans doute un élément de débats, voire de contentieux, complexes, en indiquant que doit être intégré dans ce calcul « le bénéfice normal ou raisonnable » auquel a droit le délégataire de service public[7].
Si la prise en compte de cet élément est absolument incontestable, il n'en reste pas moins que son maniement peut s'avérer délicat : à partir de quel niveau le bénéfice sera considéré comme déraisonnable ? Il convient ici de se méfier de toute approche tendant à « normer » cette donnée, la nature de la DSP qui doit, pour être qualifiée comme telle, comporter un risque substantiel d'exploitation, ne pouvant se satisfaire d'un taux de marge normal. En particulier, l'aléa qui peut altérer cette valeur dans le temps doit nécessairement être pris en compte.
La plus grande prudence doit ici être recommandée aux collectivités délégantes dans l'approche de cette valeur, compte tenu en particulier des difficultés qui peuvent exister pour apporter des justifications utiles à l'appui de la valeur retenue.

II. Les effets de l'avis de la DDFIP

L'un des apports majeurs de l'arrêt « Commune d'Olivet » est d'imposer aux collectivités délégantes entrant dans le champ d'application de la nouvelle jurisprudence, de consulter préalablement la DDIFP pour pouvoir prolonger la durée de la convention de DSP en cours.
Cette solution semble logique, dès lors qu'elle revient à imposer aux collectivités publiques dans cette situation de se soumettre

(3) La décision, interprétée par l'instruction du 7 décembre 2010, ne vise donc que les contrats d'une durée supérieure à 20 ans, conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 1995, et qui continueraient à s'exécuter au-delà du 3 février 2015. Elle ne vient en revanche pas interdire rétroactivement la possibilité d'avoir des contrats qui, dans un des secteurs couverts par la « Loi Barnier », auraient une durée supérieure à 20 ans.

(4) Instruction du 7 décembre 2010 précitée, p. 7.

(5) CE 11 août 2009, req. n°323158, note P. Le Bouedec « Les modalités de calcul de la durée des DSP », CP-ACCP n°95, janvier 2010, p.50.

(6) CE 8 février 2010, req. n°323158.

(7) CE 7 mars 1913, Compagnie du gaz d'Angers, Rec. p.325 ; CE 23 mai 1951, Sieur Bongert, Rec. p.283 ; CAA Marseille 19 novembre 2007, Cne de Sanary-sur-Mer, req. n°05MA02727.

à l'article 40 de la Loi Sapin qui impose effectivement une telle obligation de consultation, dans l'hypothèse où elles envisagent de conclure une convention d'une durée supérieure à 20 ans dans un des secteurs visés par la « Loi Barnier ».
Cette nouvelle obligation procédurale est l'effet de la volonté exprimée par le juge, ce qui ne constitue pas nécessairement une base juridique suffisante pour édicter une instruction qui, sur ce point au moins, a clairement une portée réglementaire. Le débat sur la compétence de l'autorité administrative serait sans doute intéressant et quelque peu inédit... Admettons néanmoins que l'instruction du 7 décembre 2010, en prévoyant une telle obligation, donne aux collectivités locales le moyen d'être assistées dans la gestion des questions difficiles, issues de la mise en œuvre de la jurisprudence « Commune d'Olivet ».
Toutefois, ces interrogations ne sont certainement pas neutres lorsque l'on s'interroge sur les effets à tirer des avis rendus par la DDFIP à la collectivité qui l'a interrogée sur le point de savoir si la convention pouvait être prolongée au-delà du 3 février 2015. À ce titre, il convient de distinguer deux situations : celle où la collectivité, suivant l'avis de la DDFIP, décide de ne pas poursuivre l'exécution du contrat au-delà du 3 février 2015 **(A)** et celle où elle ne suit pas l'avis de la DDFIP **(B)**.

A) Les risques courus par la collectivité en cas d'avis négatif de la DDFIP à la prolongation du contrat

Si la collectivité suit l'avis négatif de la DDFIP, elle doit alors délibérer pour mettre fin, par anticipation, à l'exécution du contrat. Toutefois, l'avis de la DDFIP n'est en aucun cas un « brevet de légalité » et le juge pourrait tout à fait, en cas de contentieux, retenir une position contraire, exposant alors la collectivité à un risque contentieux important.
Celui-ci couvre deux chefs d'indemnité principaux : la valeur de la part non amortie des investissements, si le juge considère que la cessation anticipée du contrat laisse indument celle-ci à la charge du délégataire, au regard de l'appréciation de la « durée normale d'amortissement » ; ensuite, les bénéfices dont le délégataire aura été irrégulièrement privé par la décision de la collectivité (« *lucrum cessans* »). S'ajouteront également les frais directement causés par cette résiliation (licenciements...).
L'erreur peut donc coûter cher à la collectivité. Cette dernière pourra-t-elle rechercher la responsabilité de l'État pour la faute commise par la DDFIP lui ayant conseillé de mettre un terme anticipé au contrat ? Rien n'est moins sûr, dès lors que cet avis est purement consultatif et ne lie en aucun cas la collectivité. Rappelons ici qu'une collectivité qui, en présence d'un avis de la DDFIP lui conseillant une résiliation anticipée, se croirait tenue de résilier le contrat commettrait une erreur de droit.
Un point continue de soulever des débats concernant les droits à indemnisation du délégataire qui verrait à bon droit son contrat résilié au 3 février 2015[8]. Le Commissaire du gouvernement Edouard Geffray dans ses conclusions dans l'affaire « Commune d'Olivet » l'excluait. Cette solution est loin d'être certaine, sauf à considérer que le législateur, en adoptant la loi du 2 février 1995, aurait entendu expressément exclure tout droit à indemnisation. On peut douter de ce point, dès lors qu'il est certain que le législateur n'avait certainement pas imaginé en 1995 pouvoir voter des dispositions qui s'appliqueraient aux contrats de DSP conclus avant son intervention...

B) Les risques courus en cas de refus de la collectivité de suivre l'avis de la DDFIP

L'instruction du 7 décembre 2010 attire l'attention de ses lecteurs sur le risque d'une prolongation du contrat contre l'avis de la DDFIP. Il est ici certain que l'attention du contrôle de légalité — voire d'autres acteurs — serait certainement attirée par une telle décision. Toutefois, pour les raisons que l'on vient d'évoquer, une telle décision ne serait pas de ce seul fait illégale. Il appartiendra en revanche à la collectivité de trouver de solides justifications pour se préparer à un débat qui pourrait être contentieux. En tout état de cause, la procédure ayant été régulière, aux termes de l'instruction du 7 décembre 2010, le contrat de DSP pourra continuer à s'exécuter, sans que le comptable public puisse y faire obstacle d'une quelconque manière.
Or, la situation est différente dans l'hypothèse où la DDFIP n'aurait pas été consultée. Cette solution est la sanction logique du mécanisme d'avis obligatoire proposée par la décision du Conseil d'État.

III. La gestion du calendrier jusqu'au 3 février 2015

L'obligation de respecter la jurisprudence « Commune d'Olivet » entraîne la nécessité de suivre un calendrier plutôt serré pour la collectivité locale.
En premier lieu, après avoir procédé à une analyse rapide des questions posées sur la durée de la convention concernée par cette jurisprudence, la collectivité doit certainement se rapprocher de son cocontractant pour évoquer avec lui la situation et confronter les points de vue. Cette première phase peut être assez longue, surtout si les points de vue divergent.
Ensuite, la procédure de consultation de la DDFIP devra être engagée. Là encore, le débat sur les justifications à apporter peut durer quelque temps. En fonction de l'avis rendu — et en particulier si celui-ci se prononce contre la prolongation du contrat — de nouvelles discussions devront se tenir avec le délégataire sortant.
Enfin, la collectivité devra préparer sa délibération, soit pour mettre un terme anticipé, soit pour prolonger le contrat. Cette dernière délibération de « confirmation » est un peu étrange, car la position de la circulaire selon laquelle un contrat non confirmé ne pourrait plus continuer à être exécuté est suffisamment dérogatoire vis-à-vis du droit des contrats publics pour pouvoir être éventuellement contestée.
La logique voudrait que la commission de délégation de service public soit consultée avant que l'assemblée délibérante ne se prononce. Si la décision est prise de résilier le contrat pour que celui-ci cesse de produire ses effets à compter du 3 février 2015, la délibération correspondante devra alors intervenir suffisamment tôt pour prévoir de respecter les délais nécessaires à l'organisation d'une nouvelle mise en concurrence pour sélectionner le prochain délégataire. Dans cette situation, la délibération autorisant l'exécutif à résilier la convention de DSP doit intervenir sans doute au plus tard fin 2013- début 2014.
L'ensemble de ces formalités doit donc inciter les collectivités concernées par la mise en œuvre de la jurisprudence « Commune d'Olivet » à ne pas trop tarder.■

(8) Il s'agit surtout ici des bénéfices escomptés dont l'opérateur aurait été privé par la résiliation anticipée du contrat.