

N° 422104, Toulouse Métropole

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Audience du 8 janvier 2020

Lecture du 27 janvier 2020

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous permettra de préciser deux points importants du régime d'indemnisation des biens de retour en cas de cessation anticipée du contrat de concession d'un service public.

Vous savez qu'en vertu d'une jurisprudence aussi ancienne que constante ces biens sont ceux, meubles comme immeubles, qui, parce qu'ils sont nécessaires au fonctionnement du service public et afin de garantir la continuité de son exécution, appartiennent, dans le silence de la convention, dès leur acquisition ou leur réalisation, à la personne publique (voyez, pour une réaffirmation récente de ce principe, votre décision de Section du 29 juin 2018, *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye*, n° 402251, qui en tire toutes les conséquences en donnant cette qualification aux biens apportés par le concessionnaire).

Vous avez rappelé le régime juridique de ces biens par votre décision d'Assemblée *Cne de Douai*, du 21 décembre 2012 (n° 342788, p. 477, avec les conclusions de B. Dacosta). En ce qui concerne leur sort au terme de la convention, vous avez réaffirmé le principe traditionnel selon lequel ces biens ayant toujours été la propriété de la personne publique, ils font nécessairement retour à celle-ci gratuitement. Mais vous n'avez jamais exclu le droit du concessionnaire à obtenir, en cas de résiliation anticipée de la convention, quel qu'en soit le motif, y compris pour faute, l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, qui n'ont pu être totalement amortis¹. Votre décision précise ensuite "que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus".

1 Résiliation pour un motif d'intérêt général : CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains c/Société générale technique, p. 297 ; CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, p. 33; Résiliation pour faute : CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains, p. 182.

Le pourvoi principal de Toulouse Métropole vous conduira à répondre à deux questions portant sur des notions essentielles pour l'application de ces principes : l'amortissement qu'il convient de prendre en compte est-il économique ou comptable ? En cas de durée excessive du contrat, le terme normal du contrat est-il celui fixé par les parties ou celui qui résulte de l'application de dispositions législatives ou réglementaires ?

Le litige est né de la décision de Toulouse Métropole, qui vient aux droits, par transfert de compétences, de la commune de Saint-Orens, de résilier à compter du 1er janvier 2013 la convention de délégation du service public de distribution d'eau et d'assainissement que la commune avait conclu en 1991 avec la société Orennaise de l'eau et de l'assainissement pour une durée de 29 ans, soit jusqu'au 30 septembre 2020 et plus particulièrement de son refus d'indemniser la société Suez Eau France, qui avait repris le contrat, des préjudices nés de cette résiliation anticipée de plus de sept ans et demi, tant au titre de l'indemnisation des biens de retour que de son manque à gagner. Le TA de Toulouse puis la CAA de Bordeaux ont fait droit aux conclusions de la société au titre de l'indemnisation des biens de retour, en condamnant en dernière instance Toulouse Métropole à verser un peu plus de deux millions d'euros à la société, ce que celui-ci conteste par un pourvoi principal, mais rejeté ses conclusions tendant à l'indemnisation du manque à gagner du titulaire, ce qui motive son pourvoi incident.

Le premier moyen du pourvoi principal de Toulouse Métropole est dirigé contre les motifs par lesquels la cour a écarté l'argument qui justifie son refus de verser à la société Suez une indemnité au titre du retour gratuit à l'autorité concédante des biens nécessaires au fonctionnement du service public. Il est tiré de ce que ces biens étaient économiquement amortis à la date de la résiliation de la convention, de sorte que ce retour gratuit, bien qu'anticipé, ne pourrait causer aucun préjudice au concessionnaire. Il se fonde sur la décision de la commission tripartite prévue par la convention pour réviser les tarifs perçus sur les usagers, composée d'un représentant de chacune des parties et d'une personne désignée par le TA, d'opérer à compter du 1er janvier 2010 une baisse de 25 % des tarifs de base de la concession, décision à laquelle la société concessionnaire s'est opposée en refusant de signer un avenant en ce sens. Or, dans cette décision, la commission relève, outre que les tarifs pratiqués étaient supérieurs à ceux d'autres concessions similaires, que fin 2010, le concessionnaire avait financé les charges financières correspondant à la reprise de la dette, à l'amortissement des investissements et à l'amortissement du droit d'entrée».

La cour, après avoir rappelé les motifs de principe de votre décision *Cne de Douai* que nous avons cités, a jugé qu'il en résultait "que seule doit être recherchée, pour justifier le montant de l'indemnité de résiliation, la valeur nette comptable des immobilisations non amorties à l'échéance du contrat, à l'exclusion de toute tentative d'appréciation économique du financement des investissements (amortissement de la dette) ou des résultats de l'exploitation".

L'établissement requérant soutient que cette affirmation est entachée d'erreur de droit car, selon lui, le droit à une indemnisation des biens de retour égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat que vous avez posé par votre décision ne s'appliquerait que dans le cas où les biens en question ne seraient pas amortis à la date de résiliation anticipée du contrat. En d'autres termes, le droit à indemnisation naîtrait du constat de ce que les biens de retour ne seraient pas économiquement amortis, l'amortissement comptable ne permettant que de calculer le montant de l'indemnisation.

Cette distinction semble à première vue séduisante. Le droit à indemnisation en cas de retour gratuit de biens non amortis vise en effet à éviter tout enrichissement sans cause de l'autorité

concedante qui, sans cela, bénéficierait de biens apportés par le concessionnaire qui n'aura pas disposé du temps contractuellement prévu pour en assurer le financement par les résultats de l'exploitation du service. Dès lors que les biens sont amortis à la date de la résiliation anticipée, il n'y a logiquement plus d'appauvrissement du concessionnaire du fait de leur retour à l'autorité concedante.

Mais cette logique ne conduit pas nécessairement à la distinction que propose l'établissement requérant entre amortissement économique et comptable, qui, à plusieurs égards, ne nous paraît pas pertinente pour l'indemnisation des biens de retour.

L'amortissement d'un bien correspond à l'étalement de son coût sur sa durée d'utilisation. Lorsque cette utilisation est affectée à un service qui doit produire les ressources nécessaires à son financement, la durée d'exécution du service doit être suffisante pour permettre d'obtenir ces ressources. L'opérateur économique doit donc calculer l'équilibre économique de son activité en fonction des recettes et des charges prévisibles sur une durée suffisante pour couvrir le coût de ses investissements et dégager un bénéfice. Il ne s'agit bien évidemment, au stade de la mise en place de l'opération, que de prévisions, puisque par définition toute opération économique comporte un risque assumé par l'opérateur. Ces prévisions vont se traduire comptablement par l'inscription de la valeur des biens sur la durée de leur utilisation, c'est à dire, s'agissant d'un bien affecté à un service, sur la durée d'exécution du service. Il n'y a donc pas un amortissement économique qui existe indépendamment de l'amortissement comptable, mais une prévision d'amortissement qui se traduit comptablement par un plan d'amortissement en fonction de la durée de l'exécution du service. Le Plan comptable général (issu du règlement du 12 décembre 2002) prévoit ainsi que les entreprises arrêtent le plan d'amortissement de leurs actifs selon le rythme de consommation des avantages économiques attendus en fonction de leur utilisation probable (article 322-1).

Bien que cette règle ne s'applique pas aux concessions de service public, comme vous l'expliquait B. Dacosta dans ses conclusions sur *Cne de Douai*, précisément en raison du régime particulier des biens de retour, la logique est la même : la durée de la convention doit être calculée en fonction de l'amortissement prévisionnel des investissements. Plus exactement, elle ne saurait l'excéder, car il est toujours possible de prévoir une durée inférieure avec un droit à indemnisation de la part qui ne sera pas amortie. L'article R. 3114-2 dispose ainsi que *"Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat"* (règle que l'on retrouve à l'article L. 1411-2 du CGCT pour les délégations de service public). Vous avez également jugé 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 l'amortissement comptable des investissements. » (CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517, aux T sur ce point). Ainsi que cela ressort de la lettre même de ces dispositions et de votre jurisprudence, la durée d'amortissement correspond à une évaluation raisonnable, normale, et comporte donc nécessairement une marge d'incertitude qui est aussi une marge d'appréciation laissée aux parties.

Une fois le contrat conclu pour une certaine durée, en l'absence de stipulations particulières prévoyant légalement une durée d'amortissement des biens inférieure à la durée du contrat, cette durée doit être regardée comme celle nécessaire à l'amortissement des biens puisque c'est celle au

cours de laquelle ils seront utilisés et financés. Il n'y a donc plus lieu de distinguer amortissement économique ou comptable : les biens sont considérés comme amortis au terme prévu par le contrat. L'effectivité de l'amortissement relève du risque d'exploitation : ainsi, si les biens ne sont pas complètement amortis au terme prévu par le contrat, parce que le produit de l'exploitation n'a pas couvert leur coût, cela restera à la charge du titulaire, de même que si les recettes ont dépassé les prévisions, il en retirera un plus grand bénéfice. Le plan d'amortissement comptable relève du choix de gestion du titulaire, dans les limites du respect des règles fiscales et comptables. Le plus souvent, le coût des investissements est étalé sur la totalité de la durée du contrat, de sorte qu'il n'est pas possible de dire que certains investissements seraient amortis à un moment donné, sauf à considérer que la totalité du produit de l'activité devrait être affectée prioritairement à l'amortissement des investissements. De plus, pour les biens renouvelables nécessaires au service, la durée de leur amortissement comprend leur renouvellement et se poursuit donc nécessairement sur toute la durée de la convention.

La solution proposée par le requérant présente plusieurs inconvénients. Le plus grave est de priver le titulaire des bénéfices du risque inhérent à toute concession lorsqu'il se révèle à son avantage. L'autorité concédante pourrait ainsi résilier sans indemnité une concession suffisamment profitable au cours des premières années pour avoir couvert les investissements, sans permettre au titulaire d'en retirer les bénéfices. Mais cette solution est aussi très difficilement praticable : comment déterminer qu'un bien est réellement amorti à un certain moment lorsqu'il comporte encore une valeur d'usage ? Certes, la valeur d'un bien peut toujours être déterminée à un moment donné. Mais, comme nous venons de le dire, pour les biens qui doivent être renouvelés, leur amortissement ne dépend pas de leur valeur à un moment donné. De plus et surtout, sur quels critères décider que leur coût d'acquisition et de fonctionnement est couvert à un moment donné par les résultats de l'exploitation lorsque celle-ci doit se poursuivre, sans se substituer au concessionnaire et à sa gestion du risque ?

C'est la raison pour laquelle vous avez retenu, dans votre décision *Cne de Douai*, la valeur nette comptable comme critère unique d'appréciation de l'amortissement des biens de la concession. Ce critère est le seul qui présente suffisamment d'objectivité et qui respecte à la fois la liberté contractuelle des parties et le risque inhérent à ce type de contrat. Il n'y a donc pas deux temps dans la détermination du droit à indemnisation des biens de retour en cas de cessation anticipée du contrat : il est dû dès lors que l'amortissement prévu par le contrat n'a pu être mené à son terme normal et dans cette mesure seulement. En indiquant, au point 8 de votre décision d'Assemblée, que le concessionnaire a droit en cas de cessation anticipée du contrat à l'indemnisation des biens de retour "dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis", vous n'avez donc pas entendu poser une condition de non amortissement effectif à l'indemnisation mais justifier celle-ci par le fait que la cessation anticipée du contrat interrompt nécessairement, sauf stipulations particulières, l'amortissement des biens.

Une décision confirme cette analyse dans le cas inverse à celui de la présente espèce d'une concession structurellement et lourdement déficitaire. Vous avez jugé inopérante dans la détermination du droit à indemnisation du préjudice né du retour anticipé des biens la circonstance qu'en tout état de cause les biens n'auraient jamais pu être amortis (CE, 4 mai 2015, *société Domaine Porte des neiges*, n° 383208, aux T sur ce point). Le déficit structurel d'exploitation peut éventuellement être pris en considération pour l'évaluation du manque à gagner, mais il n'interfère pas sur le droit à indemnisation de la valeur non amortie des biens de retour, qui est en quelque

sorte indépendant des résultats de l'exploitation, qu'ils soient négatifs ou, comme en l'espèce, positifs.

Le deuxième moyen du pourvoi de Toulouse Métropole porte sur le terme du contrat qu'il convient de prendre en compte pour déterminer l'amortissement des biens de retour. Votre décision *Cne de Douai* se réfère au "terme normal du contrat" et il ne fait aucun doute qu'il faut entendre par là le terme prévu par les parties au contrat, puisque c'est au regard de ce terme que la cessation des relations contractuelles apparaît anticipée. Telle est également la conclusion à laquelle aboutit logiquement l'interprétation de la notion d'amortissement que nous vous proposons de retenir.

Faut-il néanmoins toujours se référer à la durée du contrat lorsqu'elle excède la durée légale ? Cette question se pose dans deux cas de figure : l'un, général, lorsque la durée du contrat a été fixée en méconnaissance des dispositions applicables au contrat, qu'il s'agisse de la règle commune résultant des dispositions que nous avons citées et de votre jurisprudence selon laquelle la durée du contrat ne doit pas être supérieure au temps d'amortissement raisonnablement escompté, ou de la règle particulière aux concessions dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, issue de la loi du 2 février 1995, dite loi Barnier, dont l'article 75, qui complète l'article 40 de la loi Sapin du 29 janvier 1993, impose une durée maximale de 20 ans, sauf justifications particulières.

L'autre, plus particulier et qui a vocation à disparaître, est celui des conventions conclues avant la loi Barnier pour une durée supérieure à vingt ans. Cette durée n'était pas légalement excessive à la date de la conclusion du contrat, mais vous avez jugé que ces dispositions ayant pour objet d'assurer une remise en concurrence périodique des concessions, elles devaient s'appliquer immédiatement aux contrats en cours. Soucieux de trouver un équilibre entre cet impératif d'ordre public et la nécessité d'assurer la continuité des services concédés, vous avez écarté la solution d'une nullité des clauses prévoyant une durée supérieure au profit d'une application immédiate de la durée maximale pour la période d'exécution restant à courir, durée maximale au terme de laquelle ils ne pourront plus être exécutés (Ass, 8 avril 2009, *Cie générale des eaux et cne d'Olivet*, n° 271737, p. 116).

Le contrat litigieux s'inscrit dans ce dernier cas de figure. Il a été conclu en 1991 pour une durée de 29 ans. Il devait donc s'achever en 2020. Par l'effet de la loi du 2 février 1995 et de votre jurisprudence, l'autorité concédante aurait du constater l'impossibilité d'en poursuivre l'exécution en février 2015, si elle ne l'avait résilié deux ans plus tôt.

La cour a jugé que la durée à prendre en compte pour déterminer la valeur non amortie des biens de retour devait être celle du contrat initial, indépendamment du fait qu'il n'aurait pu légalement se poursuivre jusqu'à ce terme. L'établissement requérant soutient qu'elle a ce faisant commis une erreur de droit, posant ainsi la question de la portée de votre jurisprudence *Cne d'Olivet* sur l'application des règles d'indemnisation posées par votre décision *Cne de Douai*.

Elle n'est pas évidente car il est légitime d'avoir quelques réticences à faire application d'une durée excessive. Mais il nous semble que, dans le cas particulier des conventions conclues antérieurement à la loi Barnier auxquelles s'appliquent la jurisprudence *Cne d'Olivet*, dont la durée initiale n'était donc pas illégale, il y a lieu de se référer à la durée d'amortissement fixée par le contrat.

En effet, nous avons dit que la règle de l'indemnisation des biens de retour non amortis en cas de cessation anticipée de l'exécution du contrat visait à éviter un enrichissement sans cause de l'autorité concédante et qu'elle s'appliquait donc quelle que soit le motif de la résiliation, même pour faute. L'impossibilité de poursuivre l'exécution d'un contrat en application de votre jurisprudence

Cne d'Olivet est un motif de cessation de l'exécution qui ne tient pas à l'illégalité de la durée de la convention mais à l'intervention postérieure d'une loi d'ordre public visant à assurer un objectif de remise en concurrence périodique, étranger à la règle d'indemnisation des biens de retour. Même si la constatation de l'impossibilité de poursuivre l'exécution d'un contrat en application de cette jurisprudence n'est pas une résiliation stricto sensu, elle en a le même effet interruptif anticipé et cet effet est le seul qui importe pour ouvrir droit à l'indemnisation des biens de retour qui, comme nous l'avons dit, n'est pas subordonné à certains motifs de résiliation. Dès lors que le motif de la cessation anticipée n'affecte pas le droit à indemnisation des biens de retour non amortis, que ce non amortissement est fonction de la durée prévue par le contrat et que celle-ci n'était pas illégale, nous ne pensons pas que les modalités d'application de la loi Barnier doivent interférer sur les modalités d'indemnisation des biens de retour non amortis.

Nous serions davantage hésitants à proposer cette solution dans le cas d'une durée initialement excessive, qui peut justifier une résiliation (CE, 7 mai 2013, *sté auxiliaire des parcs de la région parisienne*, n° 365043, aux T), car elle conduirait à obliger le juge à faire application d'une stipulation illicite, ce qui n'est pas le cas de la durée fixée avant l'entrée en vigueur des dispositions encadrant la durée des concessions. L'amortissement devrait probablement être calculé sur la base d'une durée légale. Cette durée étant celle nécessaire à l'amortissement des biens, ce calcul ne devrait pas léser le titulaire puisque la durée conventionnelle ne sera amputée que d'une part qui ne servait plus à l'amortissement des biens. Il est vrai que ce raisonnement réintroduit une idée d'amortissement réel que nous vous avons proposé d'écarter. Mais il s'agit-là d'une conséquence inévitable de l'illicéité de la clause contractuelle et de l'obligation pour le juge de ne pas en faire application.

Quoi qu'il en soit, comme nous vous le disions, vous n'aurez pas à trancher cette question puisque la durée du contrat était en l'espèce excessive sans être illégale.

Les deux autres moyens du pourvoi principal nous retiendront moins longtemps.

Le premier est fondé mais inopérant car dirigé contre une partie surabondante des motifs de l'arrêt. Il est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en écartant le moyen de l'irrégularité du jugement faute d'avoir répondu au moyen tiré de ce que le terme normal du contrat devait être regardé comme intervenant en 2015 en application de la jurisprudence *Commune d'Olivet* au motif que ce moyen était inopérant, cette jurisprudence n'ayant "pas imposé la réduction de la durée des conventions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi de 1995, mais seulement fait obstacle à ce que des clauses contractuelles souscrites après cette loi aboutissent à porter la durée du contrat à une durée supérieure à 20 ans après leur entrée en vigueur". Cette interprétation de votre décision *commune d'Olivet* est clairement erronée, ainsi que cela ressort des motifs mêmes de la décision qui rappelle que l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi de 1995 implique "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".

Toutefois cette erreur de droit n'affecte que l'une des deux raisons données par la cour à l'inopérance du moyen, l'autre étant que la durée de la convention est sans incidence sur l'appréciation du montant des investissements non comptablement amortis à la date de sa

résiliation. Ce motif, dont nous avons vu qu'il était bien fondé, suffit à justifier l'inopérance du moyen.

Le second est tiré de ce que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier en refusant de considérer que les biens de retour étaient amortis dès 2010. Il est également inopérant puisque la cour s'est uniquement fondée, comme nous l'avons dit, sur l'absence d'amortissement comptable de ces biens.

Les trois moyens du pourvoi incident de la société Suez sont dirigés contre les motifs par lesquels la cour a rejeté ses conclusions indemnitaires au titre de la baisse des tarifs décidée en 2010 par la commission tripartite, qu'elle estimait illégalement décidée.

Contrairement à ce qu'elle soutient en premier lieu, la cour s'est bien prononcée, au point 17 de l'arrêt, sur le caractère éventuellement fautif de cette baisse des tarifs et du bouleversement de l'équilibre économique du contrat qu'elle entraînerait.

Elle soutient en deuxième lieu que la cour aurait entaché son arrêt d'insuffisance de motivation, de contradiction de motifs, d'erreur de droit et de dénaturation des clauses contractuelles en écartant le moyen tiré de l'illégalité du cahier des charges qui aurait conféré à une commission tripartite un pouvoir de fixation des tarifs en méconnaissance de l'article L. 2224-12-2 du code général des collectivités territoriales, qui donnent compétence à l'organe délibérant du groupement de collectivités territoriales pour établir les règles relatives aux redevances d'eau potable et d'assainissement.

Non seulement la cour a bien examiné ce moyen, mais elle y a parfaitement et sans se contredire répondu en indiquant, en s'inspirant de votre décision *Société Vivendi* du 9 avril 2010 (n° 313557, aux T sur ce point), qu'« en décidant d'adopter les propositions de la commission, le délégant n'a fait que tirer les conséquences des choix de procédure auxquelles les parties avaient entendu se soumettre en cas de désaccord sur la révision des prix ». Que l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale soit légalement compétent pour fixer les règles applicables aux redevances d'un service public ne fait pas obstacle à ce que les parties au contrat de délégation de ce service prévoient un mécanisme de négociation des tarifs qui n'a pas vocation à se substituer aux organes compétents pour les fixer.

Enfin la cour, qui s'est bien prononcée sur la responsabilité "sans faute" invoquée par la requérante du fait d'un bouleversement de l'économie du contrat résultant de la décision de l'autorité délégante de baisser les tarifs, n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant qu'elle n'établissait pas que la révision des tarifs avait eu cet effet.

EPCMNC : Rejet des pourvois principal et incident.