

## [Jurisprudence] Résiliation anticipée du contrat de concession d'un service public : quid de l'indemnisation des biens de retour ?

N2277BYY



par Marie-Hélène Ansquer, Avocat au barreau de Versailles, associé du cabinet Citylex Avocats  
Le 19-02-2020

**Réf. :** CE 2° et 7° ch.-r., 27 janvier 2020, n° 422104, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A65033CT](#))

La commune de Saint-Orens a concédé en 1991 les services publics de l'eau et de l'assainissement à la société Orennaise de services, pour une durée de vingt-neuf ans, soit jusqu'au 30 septembre 2020.

La société Lyonnaise des Eaux France, aux droits de laquelle vient Suez Eau France, a succédé à la société Orennaise de services et la communauté urbaine du Grand Toulouse a succédé à la commune de Saint-Orens.

Afin d'harmoniser les conditions de rémunération de la concession de Saint-Orens avec celles des autres concessions de son périmètre, la communauté urbaine a mis en œuvre la procédure contractuelle de révision des tarifs, qui prévoyait l'intervention d'une commission de révision.

Cette commission a, par une délibération du 30 novembre 2010, proposé d'opérer une baisse de 25 % des tarifs de base de la concession à compter du 1er janvier 2011. Cette proposition a donné lieu à un projet d'avenant, que le conseil de la communauté urbaine a approuvé par une délibération du 16 décembre 2010. La société Lyonnaise des Eaux France a toutefois refusé de signer cet avenant.

A la suite de ce refus, le président de la communauté urbaine du Grand Toulouse a pris une décision unilatérale en date du 28 décembre 2010 en baissant, par avenant, la rémunération du concessionnaire à compter du 1er janvier 2011.

Estimant que cette baisse de rémunération rompait l'équilibre du contrat, la société Lyonnaise des Eaux France a saisi le tribunal administratif de Toulouse de conclusions tendant à l'annulation de l'ensemble de ces décisions et en conséquence, d'autre part, à la condamnation de la communauté urbaine à réparer le préjudice tenant à la diminution de sa rémunération, soit à la somme de 729 936 euros

En outre, par une délibération du 16 décembre 2010, le conseil de la communauté urbaine a approuvé la résiliation anticipée du contrat de concession à compter du 1er janvier 2013 et la reprise en gestion directe des services de l'eau et de l'assainissement. La société Lyonnaise des Eaux France a demandé au tribunal administratif de Toulouse la condamnation de la communauté urbaine du Grand Toulouse, devenue Toulouse Métropole, à l'indemniser des préjudices causés par cette résiliation.

Par un jugement du 16 juin 2015, le tribunal administratif de Toulouse condamne Toulouse Métropole à verser à la société Lyonnaise des Eaux France la somme de 1 493 000 euros au titre des investissements non amortis à la date de résiliation.

Par un arrêt du 9 mai 2018 (CAA Bordeaux, 9 mai 2018, n° 15BX02770 [N° Lexbase : A8942XQA](#)), la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal de Toulouse Métropole, porté le montant de sa condamnation, au titre de l'indemnisation du concessionnaire pour le retour anticipé des biens nécessaires au fonctionnement de la concession, à la somme de 2 015 000 euros.

Toulouse Métropole se pourvoit alors en cassation contre cet arrêt en tant qu'il la condamne.

Le Conseil d'Etat vient ici préciser deux points relatifs au régime d'indemnisation des biens de retour en cas de cessation anticipée du contrat de concession d'un service public, à savoir, d'une part, le type d'amortissement à prendre en compte (I) et, d'autre part, le terme du contrat à prendre en compte lorsque le contrat prévoit une durée excessive (II).

### **I - Indemnisation du titulaire de la concession en cas de résiliation anticipée : amortissement économique ou comptable ?**

A titre liminaire, rappelons qu'en matière de contrats de concession, les biens de retour reviennent obligatoirement à l'autorité concédante, gratuitement, en fin de concession. Toutefois, il a toujours été admis que dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée du contrat, le concessionnaire a droit à être indemnisé du préjudice subi pour les biens qui n'ont pu être totalement amortis.

Pour refuser l'indemnisation du concessionnaire au moment de la reprise en régie, Toulouse Métropole soutenait en l'espèce que les investissements réalisés par la société Lyonnaise des Eaux de France étaient, à ce moment-là, économiquement amortis grâce aux résultats de l'exploitation de la concession.

En conséquence, le retour du bien dans la collectivité, bien qu'anticipé, ne pouvait causer aucun préjudice au concessionnaire.

Tant le tribunal administratif que la cour administrative d'appel de Bordeaux ont rejeté cette argumentation en faisant application de la décision du Conseil d'Etat «Commune de Douai» du 21 décembre 2012 (CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788, publié au recueil Lebon [N° Lexbase : A1341IZP](#)) en jugeant «*que seul 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*».

Devant le Conseil d'Etat, Toulouse Métropole soutenait qu'en jugeant ainsi, le tribunal et la cour avaient commis une erreur de droit car, selon elle, l'indemnisation en cas de résiliation anticipée de la concession ne peut être due que si les biens n'ont pu être complètement amortis.

Cette argumentation est plutôt attractive dans la mesure où l'objectif de l'indemnisation du concessionnaire est d'éviter l'enrichissement sans cause de l'autorité concédante. Or, comment un tel enrichissement pourrait être reproché à la collectivité à partir du moment où, à la date de la résiliation anticipée, les biens sont complètement amortis ?

Argumentation attractive, certes, mais incompatible avec la notion même de contrat de concession et également difficile à mettre en œuvre.

En effet, en concluant ce type de contrat, le concessionnaire prend des risques, qui est l'objet même du contrat de concession. Ainsi, l'autorité concédante lui «*transfère un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service*».

En pratique, lors de la mise en place du contrat de concession, le concessionnaire établit une prévision d'amortissement en fonction de la durée d'exécution du service. Cette durée d'exécution doit être suffisante pour dans le même temps, régler le coût des investissements et également en tirer des bénéfices.

L'amortissement comptable permet d'étaler le coût d'un bien sur sa durée d'utilisation et généralement, l'étalement s'effectue sur toute la durée du contrat car c'est au cours de cette durée que les biens vont être utilisés et financés.

*Quid* lorsque la collectivité résilie de manière anticipée le contrat ?

Comptablement parlant, le concessionnaire n'a pas terminé d'amortir les biens.

Ainsi que le souligne Gilles Pellissier dans ses conclusions sous l'affaire commentée, la thèse développée par Toulouse Métropole n'est pas satisfaisante car :

- d'une part, elle priverait « *le titulaire des bénéfices du risque inhérent à toute concession lorsqu'il se révèle à son avantage. L'autorité concédante pourraient 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* » ;

- et, d'autre part, elle « *serait très difficilement praticable* ». En effet, « *comment déterminer qu'un bien est réellement amorti à un certain moment lorsqu'il comporte encore une valeur d'usage ?* ».

C'est pour cela que la jurisprudence retient comme unique critère d'appréciation de l'amortissement des biens : la valeur nette comptable (voir l'arrêt « Commune de Douai » du 21 décembre 2012 précité) et non l'amortissement économique.

La notion « d'amortissement économique » revendiquée par Toulouse Métropole n'est pas nouvelle.

Elle apparaît clairement en 2009 dans une décision « Société Maison Comba ». Il s'agit de « *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, n° 303517 [N° Lexbase : A2152EKW](#)).

La solution dégagée dans la décision « Commune de Douai » de 2012 retient la notion d'amortissement comptable et non celui d'amortissement économique notamment car il permet d'éviter un risque de doublon avec l'indemnité du manque à gagner.

Selon Gilles Pellissier, « *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* ». Ainsi, le droit à indemnisation est dû « *dès lors que l'amortissement prévu au contrat n'a pu être mené à son terme normal* ».

Amortissement comptable, certes, mais quel terme du contrat prendre en compte pour le calcul ? il s'agit du second point abordé par la décision commentée.

## **II - Contrat de concession avec une durée excessive : quel terme pour déterminer l'amortissement des biens de retour ?**

La décision commentée soulève une seconde problématique qui est celle de savoir quel terme du contrat doit-on prendre en compte pour déterminer l'amortissement des biens de retour lorsque ce contrat comporte une durée excessive ?

Toulouse Métropole soutenait que le contrat était caduc en 2015 en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat « Commune d'Olivet » du 8 avril 2009 (CE Ass., 8 avril 2009, n° 271737 [N° Lexbase : A9541EE4](#)), qu'elle interprète comme jugeant que les contrats conclus avant la loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement ([N° Lexbase : L8686AGS](#)), dite loi « Barnier », pour une durée supérieure à vingt ans, ne pourront plus être régulièrement exécutés à compter du 3 février 2015, sauf justifications particulières.

En effet, l'article 75 de la Loi « Barnier », qui est venu modifier l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures

publiques ([N° Lexbase : L8653AGL](#)), dite loi «Sapin», prévoit que dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général.

Ainsi, *quid* d'un contrat dont la durée excède la durée légale et conclu antérieurement à la loi «Barnier» ?

Pour ces contrats dont la durée excédait vingt ans à la date d'entrée en vigueur de la loi de 1995, le Conseil d'Etat a opté pour une application immédiate de la durée maximale pour la période d'exécution restant à courir (CE Ass., 8 avril 2009, n° 271737, précitée).

En l'espèce, le contrat en cause aurait dû se voir appliquer ce principe. Ainsi, conclu en 1991 pour une durée de vingt-neuf ans, il aurait dû s'achever en 2020. En application de la loi «Barnier» et de la jurisprudence précitée, le contrat aurait dû prendre fin, au plus tard, en février 2015.

Toutefois, la cour administrative d'appel écarte le moyen comme étant inopérant en indiquant qu'en l'espèce, le contrat pouvait avoir une durée supérieure à vingt ans dans la mesure où aucun avenant n'avait été passé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1995, de sorte que la durée d'amortissement à prendre en compte est celle prévue au contrat de concession, à savoir vingt-neuf ans.

Elle considère également que la date de fin de la concession n'a aucune incidence sur le calcul des investissements effectivement non amortis à la date de retour des biens par la collectivité concédante qui ne dépend que de la passation d'écritures comptables.

Le Conseil d'Etat valide la solution dégagée par les juges d'appel en jugeant que la cour n'a commis aucune erreur de droit.

Ainsi que l'indique Gilles Pellissier dans ses conclusions, l'idée est que *«les modalités d'application de la loi Barnier ne doit pas interférer sur les modalités d'indemnisation des biens de retour non amortis»* dans la mesure où *« 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»*.

#### **Quel impact dans ma pratique ?**

L'argumentation de Toulouse Métropole a ses vertus puisqu'en sollicitant la limitation de l'indemnisation par l'approche d'une comptabilité strictement économique, elle est au plus près de la réalité de l'exécution du contrat pour chacune des parties. Pour autant, la jurisprudence commentée, en ce qu'elle s'inscrit dans la continuité d'un mouvement jurisprudentiel quasi-constant, a le mérite de faire le départ entre les préjudices qu'il est possible d'exiger au titre du manque à gagner de ceux qui résulte de l'indemnisation des biens non amortis. Ce qui facilite notre mission en qualité de conseil.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable