

Réseaux de chauffage urbain et changement d'énergie

- Les réseaux de chaleur constituent un des instruments de mise en place de développement des énergies renouvelables telles le bois-énergie, la géothermie profonde, l'incinération de déchets, le biogaz ou l'énergie solaire thermique.
- Le mouvement tend à aller dans le sens de la reconnaissance du rôle majeur des collectivités territoriales dans la conduite des politiques énergétiques.
- Il convient de mesurer sur un terrain plus contractuel leur impact sur les conventions en cours souvent conclues pour de longues durées.

Auteur

Olivier Raymundie et Xavier Matharan, avocats associés, Cabinet Matharan Pintat Raymundie

Mots clés

Réseaux de chaleur • Autorités organisatrices • Énergies renouvelables • Collectivités territoriales • Rôles • Mutabilité des contrats • Délégations de service public • Prolongations contractuelles • Révision tarifaire • Principe de mise en concurrence • Investissements nécessaires •

La France compte 450 réseaux de chaleur dont les collectivités territoriales sont, le plus souvent⁽¹⁾, les autorités organisatrices au titre de la loi du 15 juillet 1980. Elles chauffent l'équivalent de deux millions de logements, en particulier des logements sociaux. Elles utilisent 74 % de combustibles fossiles, très majoritairement du gaz naturel, mais aussi, de plus en plus, des énergies renouvelables ou de récupération qui représentent 26 % de l'énergie thermique fournie par les réseaux de chaleur français (récupération d'énergie sur les usines d'incinération, géothermie, bois et récupération de gaz industriels)⁽²⁾. Les collectivités territoriales (communes, départements, régions, mais également les EPCI) vont jouer un rôle croissant en matière d'énergie en ce qu'elles assument plusieurs rôles essentiels : elles consomment bien évidemment de l'énergie, elles en produisent, elles la distribuent, organisent les transports, jouent un rôle majeur en matière d'urbanisme, et, partant, interviennent sur la qualité des bâtiments. La puissance installée globale au niveau des collectivités territoriales représente 18500 MW, soit l'équivalent du tiers du parc nucléaire, ce qui est loin d'être négligeable.

Face aux enjeux que représentent les énergies fossiles durablement chères et le changement climatique, les collectivités sont en train de structurer leurs territoires autour de la mise en place de politiques de maîtrise et de développement des énergies renouvelables (EnR). Des expériences innovantes dans le domaine des pratiques énergétiques ont été entreprises sur un plan institutionnel et opérationnel (agence régionale de

(1) Notons à cet égard que la compétence « chaleur » (ou froid) n'est pas toujours clairement fixée en particulier pour certains établissements publics locaux.

(2) Rapport Amorce, l'élu, « L'énergie et le climat, l'essentiel de ce que les collectivités territoriales doivent savoir », janvier 2008, p. 43.

l'énergie comme Rhonealpeénergie-environnement, plan climat de juillet 2004, « Plans climat énergie territorial » initiés par de nombreuses villes, le Plan énergie départemental du conseil général de l'Isère, ou encore la signature d'une convention avec le conseil régional d'Alsace sur la période 2006-2008 portant sur les énergies renouvelables avec le Premier ministre pour la création de 30 000 m² de capteurs solaires et de 610 chaudières à bois. Quant à la ville de Paris son plan climat entend dépasser les objectifs européens. Il se fixe d'atteindre à l'horizon 2020, - 25 % de réduction des émissions du territoire, - 25 % de réduction énergétique des consommations du territoire et - 25 % de consommation énergétique du territoire provenant des énergies renouvelables⁽³⁾.

Les réseaux de chaleur peuvent, à coup sûr, constituer un des instruments de mise en place de développement des énergies renouvelables telles le bois-énergie, la géothermie profonde, l'incinération de déchets, le biogaz ou l'énergie solaire thermique, au sens de l'article 29 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 portant programme fixant les orientations de la politique énergétique (dite loi POPE)⁽⁴⁾. Rappelons à cet égard qu'aux termes de l'article 4 de la loi susvisée qui trouve son origine dans le livre vert européen sur l'efficacité énergétique du 22 juin 2005, la chaleur constitue une énergie renouvelable et est une priorité nationale en fixant un objectif d'augmentation de + 50% d'ici à 2010: « Les énergies renouvelables thermiques se substituant en très large partie aux énergies fossiles et permettant donc de réduire fortement les émissions de gaz à effet de serre, leur développement constitue une priorité essentielle et doit permettre, d'ici à 2010, une augmentation de 50% de la production de chaleur d'origine renouvelable. »

Le mouvement juridique tend donc à aller dans le sens de la reconnaissance du rôle majeur des collectivités territoriales dans la conduite des politiques énergétiques (qualité du service, actions de maîtrise de la demande de l'énergie, développement des énergies renouvelables, politique de l'urbanisme favorisant les énergies renouvelables, politique de transport). D'autres se dessinent déjà avec la création de sociétés locales d'énergie en charge de bouquets énergétiques, à l'image des Stadtwerke en Allemagne, ou de PPPI⁽⁵⁾.

Reste qu'il convient de mesurer, cette fois-ci sur un terrain plus contractuel, l'impact de ces mesures sur les conventions en cours, étant observé que nombre de contrats sont anciens, ou s'ils sont récents, sont conclus pour de longue durée⁽⁶⁾ sans pour autant avoir anticipé les évolutions sur le plan énergétique⁽⁷⁾. En

droit, deux éléments s'affrontent et doivent être conciliés par le juge: celui de la mutabilité nécessaire des contrats administratifs aux nouvelles circonstances de temps (en l'occurrence celles afférentes à la mise en place d'une politique volontariste en matière d'EnR) et celui du respect des données contractuelles initiales, renforcées il est vrai par celles de la mise en concurrence. Le thème de la mutabilité des contrats est certes ancien⁽⁸⁾, mais il connaît un regain d'actualité du fait précisément du nombre de contrats conclus, de leur importance économique, et des bouleversements qui s'annoncent pour les collectivités territoriales par leur implication dans l'énergie. En d'autres termes, peut-on, et dans l'affirmative, comment adapter des contrats (marchés publics ou délégations de service public) en vue de mettre en place une nouvelle politique énergétique axée, par hypothèse, sur des EnR? Plus fondamentalement, se pose la question de l'adaptation des contrats administratifs aux nouvelles exigences nationales et internationales dans le domaine de l'énergie.

La gestion proprement dite des réseaux est assurée en France à près de 10% en régie, et 90% en délégation de service public. Il reste que les énergies fossiles représentent encore presque la moitié du bouquet énergétique des réseaux de chaleur en France: gaz naturel (22%), charbon (10%), fioul domestique et fioul lourd (13%). Incontestablement, les réseaux de chaleur (et de froid) sont des réseaux locaux en ce sens qu'ils relèvent de services publics locaux au sens de l'article L. 2224-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

On s'appuiera dans ce qui suit principalement sur des contrats de délégations de service public en prenant l'hypothèse d'un contrat de délégation de service public dans lequel est envisagé l'adjonction de nouvelles installations, telle la création d'une chaufferie biomasse « bois », entraînant par hypothèse une diminution notable de dioxyde de carbone. Force est de constater que les contrats actuellement conclus intègrent peu ou mal les changements liés aux modifications de sources énergétiques. Le juge se montre par ailleurs peu enclin à admettre les prolongations contractuelles, en dépit d'une évolution jurisprudentielle récente. Partant, des adaptations s'avèrent nécessaires dans un souci de sécurité juridique.

I. Les contrats de délégation n'anticipent pas toujours le changement des sources énergétiques

Alors que le code des marchés publics comporte plusieurs dispositions relatives au développement durable, le droit des délégations est muet sur ce point, même s'il est vrai que les documents adressés aux candidats à la délégation du service peuvent comporter – et comportent de plus en plus – de telles exigences. Ainsi, par exemple, l'article 5 du code des marchés relatif à la définition des besoins introduit pour la première fois le développement durable, consacrant ainsi l'article 6 de

(3) M.-C. Bégué et J. Fialaire, « Développement urbain durable et politique énergétique locale : éléments juridiques d'un défi majeur », in Les collectivités locales et l'énergie, *Annuaire 2007 des collectivités locales*, CNRS Editions, p.63 et suivantes. Sur le rôle des collectivités locales : P.Pintat, « Certificats d'économie d'énergie et collectivités publiques », CP-ACCP, n°76, avril 2008.

(4) Modifiée par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006.

(5) Voir la communication interprétative du 5 février 2008 (C(2007)6661, ec. Europa.eu/internal_market/publicprocurement/docvs/ppp/com_2007_6661_fr.pdf

(6) Les anciens modèles de cahiers des charges de concession s'appuient sur des durées de 24 ans, même s'il est vrai que ceux-ci ne revêtent aucun caractère obligatoire : O. Raymundie, *Délégation de service public, CD Rom, modèles et exemples de contrats, de cahiers des charges et de règlements de service*, Éditions du Moniteur, mise à jour 2007.

(7) Nous mettons à part les clauses relatives aux conditions de révision financière des contrats qui, précisément, portent sur des modifications

anticipées et convenues dans le contrat, ce qui distingue d'ailleurs clauses de révision et avenant.

(8) CE 10 janvier 1902, *Gaz de Déville-lès-Rouen* : Gaja, 15^e éd. — CE 11 mars 1910, *Cie des Tramways* : Gaja, 15^e éd., p.133.

la Charte de l'environnement. Il énonce ainsi : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées [...] en prenant en compte des objectifs de développement durable »⁽⁹⁾. Le concept de développement durable est également repris à l'article 14 du code : « Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. »⁽¹⁰⁾

Les contrats de délégation spécifient généralement le choix des combustibles et leur priorité d'utilisation (gaz naturel par exemple). Ils comportent des formules d'indexation liées bien évidemment aux combustibles d'origine (gaz, fioul) et des pondérations associées en conséquence. Dans ces contrats, il est généralement prévu que le concessionnaire peut modifier, avec l'accord de l'autorité concédante, l'ordre de priorité des énergies arrêtées d'un commun accord en fonction des disponibilités de chaque source dans la perspective de l'amélioration du bilan environnemental. Ils comportent parfois des stipulations relatives aux « travaux nouveaux », selon des rédactions très variables. Dans ce cadre, il est prévu que les modifications dans la nature des énergies et les conditions générales de fourniture ouvriront droit (ou pourront ouvrir droit selon les cas) pour les parties à la révision des conditions tarifaires du contrat, ce par voie d'avenant. Dès lors :

- soit le contrat a effectivement anticipé le cas d'un changement de source d'énergie ;
- soit il est muet sur cette évolution.

Les contrats anticipent actuellement certaines évolutions économiques considérées comme raisonnablement prévisibles. Ainsi, en va-t-il lorsque par le jeu successif des indexations, le prix unitaire R2 varie de plus de 75 % par rapport au prix fixé lors du contrat initial ou de la précédente révision, ou encore si les ouvrages confiés au concessionnaire ou leur développement sont modifiés en importance et qualité de façon à remettre en cause l'équilibre financier du contrat. Il en va de même si le réseau est classé ou si le périmètre de la délégation de service public est modifié. Il en va pareillement si les quantités d'énergie importées ou exportées varient selon des pourcentages définis dans la convention. Notons enfin les cas classiques, mais souvent problématiques, de changement de la réglementation ou d'évolution des impôts, taxes et redevances à la charge des concessionnaires qui donnent lieu à des cas d'ouverture à révision.

Plus rares sont les cas dans lesquels il est envisagé les changements de source d'énergie, par exemple « en cas de changement de source d'énergie modifiant de façon sensible l'équilibre du contrat » ou encore « en cas de mesure nouvelle et substantielle d'exploitation destinée à faire des économies d'énergie ». Or, s'agissant de contrats conclus pour de longue durée dans

lesquels de lourds investissements ont été réalisés, il s'avère difficile d'aménager, et *a fortiori* d'interrompre ces contrats, pour mettre en place une solution basée en tout ou partie sur une EnR.

On touche là du doigt l'articulation toujours délicate, dans les contrats publics, entre les adaptations nécessitées par les besoins de la personne publique et, partant, ceux du service public, et la préservation des données contractuelles initiales, et donc de la concurrence. Certaines modifications du contrat ne s'avèrent-elles pas nécessaires au nom de la préservation de l'environnement, en dépit du principe de mise en concurrence initiale qui, on le sait, constitue l'un des fondements des contrats publics ? Les collectivités doivent-elles attendre l'échéance contractuelle pour mettre en place les installations EnR, résilier avant terme la convention, voire même imposer la mutabilité du contrat moyennant l'indemnisation du cocontractant ? Dans le silence du contrat sur ces évolutions, on est alors conduit à se rabattre sur les principes gouvernant la modification des contrats publics (avenants, prolongation des contrats), avec les marges de manœuvre offertes par le droit, en particulier l'article L.1411-2 b) du CGCT.

Notons, dans le secteur de la chaleur, que des dispositions spécifiques existaient au titre de l'article 9 de la loi n°80-531 loi 1980 relative aux économies d'énergie qui permettaient aux usagers de modifier ou de résilier leurs contrats antérieurs de fourniture d'énergie avant son terme⁽¹¹⁾ en cas de classement des réseaux. Cette disposition a toutefois été abrogée par la loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie. Même si le nouvel article 5⁽¹²⁾ de la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 précitée a institué un dispositif permettant d'inciter au classement de réseaux de chaleur d'EnR dans des périmètres dits de desserte prioritaire, il reste que cette disposition est, en pratique, assez longue à mettre en œuvre. Ajoutons que des incitations fiscales – certes imparfaites – ont également été introduites par la loi Engagement national pour le logement (ENL) du 13 juillet 2006, qui a permis une mesure de réduction du taux de TVA à 5,5 % sur l'abonnement et sur la

(11) « Le raccordement à un réseau de distribution de chaleur ouvre aux usagers le droit d'obtenir la modification ou la résiliation de leurs contrats antérieurs de fourniture d'énergie. Les conséquences financières des modifications et des résiliations seront supportées par la ou les collectivités bénéficiaires du classement. »

(12) En vue de favoriser une utilisation rationnelle des ressources énergétiques et de prévenir, réduire ou supprimer les pollutions atmosphériques de proximité, une collectivité locale ou un groupement de collectivités locales peut demander le classement d'un réseau de distribution de chaleur et de froid existant ou à créer et situé sur son territoire. Ne peuvent bénéficier d'un classement que les réseaux alimentés majoritairement par de la chaleur produite à partir d'énergies renouvelables, d'énergies de récupération ou par cogénération, ainsi que les réseaux de froid. Ce classement est prononcé par le préfet après enquête publique pour une durée déterminée qui ne peut excéder trente ans. Il est subordonné à la condition que, compte tenu des mécanismes de financement mis en place par les pouvoirs publics dans le cadre de leur politique des économies d'énergie, l'équilibre financier de l'opération pendant la période d'amortissement des installations soit justifié notamment par une étude des besoins à satisfaire et par un bilan prévisionnel d'exploitation. Le classement est prononcé par le préfet après enquête publique dans les neuf mois suivant le dépôt de la demande de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales. Passé ce délai, le silence de la préfecture vaut acceptation. L'arrêté de classement précise la zone de desserte et détermine les modalités d'application des articles 6 et 7. Dans la zone de desserte, le préfet, en liaison avec la collectivité locale ou le groupement des collectivités locales concerné établit une coordination entre le plan de développement du réseau et les politiques commerciales des établissements publics nationaux du secteur de l'énergie.

(9) Voir sur ce point, Rép. Min finances et industrie (JO Sénat du 11 janvier 2007, p. 75).

(10) Il peut être utilement être renvoyé aux articles 14, 45 et 53 du code, et à la circulaire d'application du code du 3 août 2006, NOR : ECOZ0300024C portant application du code des marchés publics.

valeur de réseaux alimentés à plus de 60 % à partir d'énergies renouvelables.

II. Entre concurrence et adaptation, les marges de manœuvre des collectivités sont étroites

L'adjonction d'installations EnR dans le cadre d'une délégation répond-elle aux conditions édictées par l'article L.1411-2 b) du CGCT? Aux termes de ce dernier article: « b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. La prolongation mentionnée au a) ou au b) ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.»

L'éventuelle prolongation du contrat s'inscrit, compte tenu des investissements à réaliser, dans le cadre du b) susvisé. En substance, les conditions posées par cet article sont les suivantes: « Les investissements matériels » ne doivent pas avoir été prévus dans le contrat initial;

- la prolongation doit résulter d'une demande du délégant, le délégataire n'ayant aucune alternative: ce dernier doit être "contraint" de réaliser les travaux demandés ;
- les investissements dont s'agit doivent être rendus nécessaires pour la "bonne exécution du service public" ou résulter d'une exigence "d'extension géographique" du champ de la délégation formulée par le délégant ;
- ils doivent être de nature à "modifier (et non bouleverser) l'économie générale de la convention" ;
- l'amortissement des investissements ne peut, enfin, être réalisé sur la durée restant à courir du contrat sans une augmentation des tarifs "manifestement excessive".»

Lorsque les conditions ci-dessus rappelées sont réunies, la prolongation n'est pas limitée dans le temps, mais sera néanmoins fonction de « la nature et du montant de l'investissement à réaliser », conformément à l'article L.1411-2, alinéa 1, du CGCT. On souhaiterait s'arrêter sur les principaux éléments caractérisant la prolongation dans le cas spécifique d'une installation EnR greffée sur une installation utilisant de l'énergie fossile.

A) Que faut-il entendre par bonne exécution du service ?

La bonne exécution du service s'entend-elle de l'amélioration de la qualité du service sur le plan de l'environnement? Ou les motifs de la prolongation peuvent-ils être causés par la recherche d'objectifs environnementaux ?

S'agissant des motifs de la prolongation, celui de la « bonne exécution du service public » doit retenir l'attention. Faut-il lire cette condition dans une acception purement quantitative (augmentation du nombre d'usagers), ou peut-on l'interpréter comme une réponse à une amélioration qualitative du service public au regard, plus généralement, de l'environnement (dimi-

nution de la quantité de CO₂ émis, diminution de dioxyde de carbone...)⁽¹³⁾ ? On notera avec intérêt qu'une délégation de service public « peut être prolongée au delà d'un an afin de réaliser des équipements ayant des objectifs purement financiers tenant à la réduction des tarifs facturés aux usagers » si ces équipements « traduisent une meilleure exécution du service public »⁽¹⁴⁾. Nous pensons, pour notre part, que la réalisation d'investissements EnR devrait reposer sur une présomption simple de meilleure exécution du service public au sens de l'article L.1411-2 b) du CGCT. Il faudra attendre la jurisprudence pour voir si ce souhait est corroboré par le juge. Les « investissements matériels » ne posent, quant à eux, guère de difficulté.

B) Les « contraintes » peuvent-elles être environnementales ?

Les investissements doivent être formellement demandés par la collectivité délégante. Ils doivent surtout s'avérer nécessaires⁽¹⁵⁾, de telle sorte qu'il doit être démontré que la collectivité est « contrainte »⁽¹⁶⁾ de les réaliser sans attendre l'échéance du contrat. Ces contraintes sont souvent et principalement d'ordre technique: « Que cette augmentation de la durée du contrat de plus de 50 % porte atteinte à son économie générale sans qu'il soit établi que les travaux qu'il prévoit soient justifiés par une contrainte imposée par le délégant, ni qu'il soit possible de les amortir sans augmentation excessive des tarifs avant l'échéance de décembre 2002; qu'il s'analyse dès lors non comme l'une des prolongations du contrat initial visées par les dispositions précitées, mais comme un nouveau contrat »⁽¹⁷⁾.

Les « contraintes » peuvent-elles être d'ordre environnemental? À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point, mais elle mériterait que le juge y apporte une réponse positive. Car si l'on se borne à aborder la question sous l'angle de la pure satisfaction de l'usager entendue comme la fourniture de chaleur aux usagers, la nécessité de réaliser les investissements EnR apparaîtra souvent contestable juridiquement. La collectivité pourra certes juger opportun de réaliser les travaux, être incitée à réaliser des investissements en vue de

(13) Voir, à cet égard, É. Fatôme, « Les avenants », AJDA, 1998, n°10, p.760, dossier liberté contractuelle des personnes publiques: « Les modifications du contrat qui ont pour objet d'améliorer le contrôle de la collectivité sur l'exécution du contrat et qui ne sont pas de nature à fausser la concurrence doivent pouvoir être réalisées par un avenant, sans qu'il ait lieu de tenir compte de leur importance. En effet, il serait hautement paradoxal que l'obligation de mise en concurrence interdise de procéder à des améliorations du service demandées par la collectivité et acceptées par le cocontractant dès lors qu'il n'en tire aucun profit. »

(14) CAA Paris 3 juillet 2001 Cne de Fontenay-sous-Bois et Sté Socram c/Préfet du Val-de-Marne et asso. de défense abonnés au chauffage urbain, n°PA03841

(15) TA Melun 7 juillet 1999, Préfet du Val-de-Marne c/Cne de Fontenay-sous-Bois, n°990403: annulation d'un avenant à une convention d'affermage d'un réseau de chauffage collectif portant sur des travaux de cogénération: « Il n'est pas établi, ni même allégué tant par la ville que par la société Socram que le renforcement ainsi effectué de la puissance installée des générateurs de chaleur était nécessaire pour faire face à la consommation des usagers. »

(16) CAA Paris 3 juillet 2001, Cne de Fontenay-sous-Bois, préc.: « Il ne ressort pas des pièces versées au dossier que la société Socram était en l'espèce contrainte, pour des raisons techniques ou financières, de procéder à l'adjonction d'une activité de production d'électricité, moins d'un an avant l'expiration du contrat d'affermage l'unissant à la commune de Fontenay-sous-Bois. »

(17) CAA Marseille 18 décembre 2006, Cte d'agglo. de Fréjus Saint-Raphael, CIDUE, n° 03MA00679.

la mise en place d'installations EnR, mais elle aura forcément plus de difficulté à démontrer qu'elle est « contrainte » de les réaliser pour des raisons techniques. Cantonner le motif de la prolongation à des causes techniques est réducteur. Les raisons peuvent être autres, et elles ne sont d'ailleurs pas toujours financières (une meilleure rentabilité financière). La promotion d'une politique environnementale, telle que d'ailleurs prévue dans la loi POPE, devrait passer par un renversement de la charge de la preuve sur ce point, de telle sorte qu'il devrait au contraire être présumé que de tels travaux relèvent d'une « contrainte » environnementale. L'article L 1411-2 susvisé n'est pas rédigé ainsi, mais une interprétation constructive par le juge permettrait d'aboutir à un résultat utile pour les EnR.

C) Le changement d'énergie renouvelable ne doit pas être prévu dans le contrat

Il faut, en outre, que les travaux n'aient pas été prévus dans le contrat initial. Là encore, la jurisprudence se montre assez stricte : il ne suffit pas que les travaux n'aient pas été prévus, il faut même qu'ils ne soient pas entrés dans les prévisions des parties, de telle sorte qu'ils doivent être imprévus : « Est illégal l'avenant conclu en application de l'article L. 1411-2 du CGCT dès lors que les investissements étaient prévus dès l'origine ou du moins prévisibles lors de la conclusion du contrat » (renouvellement de canalisations en l'espèce)⁽¹⁸⁾.

Le juge exerce un contrôle constant en la matière : « Considérant que pour justifier la prolongation de la convention initiale, la société CURDEM invoque l'instabilité réglementaire qui aurait affecté les contrats d'achat d'électricité produite par les installations de cogénération ; qu'il est toutefois constant que ces investissements matériels étaient initialement prévus au contrat. »⁽¹⁹⁾

Dès lors, si des investissements ont été prévus, la passation de l'avenant de prolongation ne sera pas possible.

D) Le remplacement d'une source d'énergie non renouvelable par une source d'énergie renouvelable est-elle une modification substantielle ?

La prolongation de la délégation ne sera justifiée que s'il est avéré que les investissements projetés modifieront l'économie du contrat de sorte que leur amortissement sur la durée de la convention restant à courir ne pourra s'effectuer sans une augmentation corrélative excessive du prix du service. Force est de constater, avec d'autres auteurs⁽²⁰⁾, que le juge a eu, jusqu'à présent, une lecture restrictive de cet article, et en particulier de cette condition : soit le montant des investissements à réaliser est très important et le bouleversement est acquis, soit les investissements ne sont pas suffisants, et l'augmentation des prix n'est pas excessive. On peut à cet égard se demander si, jusqu'à présent, les réticences du juge ne sont pas provenues

des motivations ayant sous-tendu les investissements. Ces travaux, on le sait, ne doivent pas tout d'abord modifier « l'objet » du contrat⁽²¹⁾, ce que nous pensons être le cas dès lors que les investissements contribuent au but fixé dans la convention originelle. Ils procèdent d'abord d'une stratégie d'investissement qui change de nature en raison d'une finalité nouvelle qui répond aux exigences de maîtrise de l'énergie et de réduction des émissions de CO₂.

Ils ne doivent pas non plus modifier « l'économie générale du contrat »⁽²²⁾, c'est-à-dire ne pas porter sur des travaux dissociables⁽²³⁾ du contrat, ou, pour être plus précis « modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation » (24). En somme, dans son avis, le Conseil d'État, fait une synthèse du droit des avenants aux conventions de délégation de service public. Il ne retient pas l'interdiction d'avenant bouleversant l'économie du contrat, ce qui pourrait faire obstacle aux nécessaires adaptations dans le temps de contrats parfois conclus pour de très longue durée et devant faire face à des évolutions techniques, économiques ou sociales qui ne pouvaient être envisagées au moment de la conclusion du contrat. La section propose de retenir une autre limite aux avenants aux conventions de délégation de service public, l'interdiction de procéder à une modification substantielle des « éléments essentiels du contrat ». Les « éléments substantiels » de la délégation de service public qui ne sauraient donner lieu à une modification résident dans « le prix, la durée⁽²⁵⁾, la nature des prestations, les tarifs applicables aux usagers »⁽²⁶⁾, « le volume des investissements mis à la charge du délégataire » (avis CE 19 avril 2005, préc.).

Assurément, les conséquences financières de la réalisation sur la délégation sont les plus délicates à apprécier en l'état actuel de la jurisprudence. En dépit de l'assouplissement bienvenu proposé par le Conseil d'État dans son avis de 2005, il faut souhaiter un rééquilibrage entre les données contractuelles initiales et la mutabilité nécessaire du contrat.

(21) Lettre d'observations définitives du 9 avril 1998 de la CRC du Limousin à la ville de Tulle, citée par J.-L. Bœuf et M. Texier, « Délégations de service public : le contrôle des chambres régionales des comptes en pratique », BJCP, n°20, p.10 et s — TA Lille 9 juillet 1998, Préfet du Pas-de-Calais c/Cne de Béthune et Sté Dumez, n°98-1022 — CAA Douai 5 juin 2001, Sté Ateliers de mécanique du Pays d'Ouche, n°97DA10602.

(22) TA 7 août 1998, M. Bernard Betto, n° 962133 — En ce sens, TA Lille 2 juillet 1998, Préfet Nord-Pas-de-Calais c/synd intercommunal des transports publics de la région de Douai, n°98-640 : BJCP, I 1998, p.72 — TA Toulouse 13 avril 2000, M. Jacques Lévy et a. c/Cne de Toulouse, n°96-602 — TA Grenoble 25 février 2000, Préfet de Haute-Savoie, n°992.955 — TA Dijon 5 janvier 1999, M. Denis Roycourt et asso. Auxerre Écologie c/Cne d'Auxerre et Sté lyonnaise des eaux, n°98-5227 — TA Melun 7 juillet 1999, Préfet du Val-de-Marne c/Cne de Fontenay-sous-Bois, préc — TA Lille 2 juillet 1998, Préfet de la région Nord-Pas de Calais, Préfet du Nord c/Synd. intercommunal des transports urbains du Douaisis, n°98-640.

(23) CE avis du 16 septembre 1999 n°362.908 : EDCE, 1999, p.320 : les investissements non prévus doivent « constituer un caractère accessoire de l'ouvrage initial, cet aspect accessoire résultant notamment de leur dimension et de leur coût limité en comparaison avec ceux de l'ouvrage principal, et de leur absence d'autonomie fonctionnelle propre ».

(24) Avis CE n°371 234 : EDCE, 2005, p.197 — CAA Paris 17 avril 2007, Keolis, n°06PA02279

(25) A, par exemple, été considérée comme substantielle une augmentation de la durée du contrat de délégation de 10 ans, pour une durée initiale de 5 ans, soit 50 % relève le juge, ce qui constitue une nouvelle délégation de service public : CAA Marseille 18 décembre 2006, Cté d'agglo. de Fréjus Saint-Raphael, CMESE, n° 03MA00943 et 03MA01029.

(26) Avis CE 8 juin 2000 n° 364 803.

(18) CAA Nantes 13 novembre 2001, Synd. intercommunal des eaux de Port-de-Roche et Cie de service et d'environnement, n°s 99NT00.959 et 99NT00.964.

(19) CAA Nantes 18 mai 2007, Sté Curdem, n°05NT01520.

(20) L. Richer, Droit des services publics locaux, Éditions Le Moniteur, 2000, IV 140.2.4

Faudrait-ils alors l'échéance du contrat, dans 8, 10 ou 12 ans, pour mettre en place des installations EnR ? Faut-il alors ne pas attendre, et résilier le contrat moyennant le paiement d'indemnités ?⁽²⁷⁾ Faut-il que la personne publique impose alors une mutabilité du contrat à l'image de célèbres arrêts du siècle dernier dans la bataille de l'électricité et du gaz ?

III. Quelles solutions ?

On sent bien que, dans des domaines aussi vitaux au sens premier du terme que ceux visés dans la présente contribution, le contrat administratif, quel que soit son support, doit pouvoir mieux s'adapter aux besoins des collectivités. Incontestablement, entre les données initiales résultant du contrat et celles de la mise en concurrence, c'est la seconde qui a prévalu jusqu'à présent. Un raisonnement strictement économique, et au demeurant incertain qui fait hésiter en permanence entre bouleversement et adaptation du contrat⁽²⁸⁾, conduira encore les collectivités à différer les investissements liés à une diversification énergétique au profit d'énergies non polluantes et renouvelables dans le cadre de schémas de services collectifs.

L'appréciation du caractère excessif des tarifs, condition de la prolongation, peut-t-elle d'ailleurs être raisonnablement effectuée sur des bases réellement comparables : un prix d'énergie fossile par rapport à un prix d'énergie EnR pour des contrats qui n'ont pour la plupart pas anticipé de telles évolutions ? Un prix de l'énergie fixé sur des bases initiales voici 15 ans, même indexé par rapport à un prix de l'énergie 2008 ?

On l'aura compris, l'occasion donnée par le juge dans son avis de 2005 d'adopter une vision plus souple en matière d'avenant dans le domaine des délégations invite à une réflexion plus générale qui est celle de la balance des intérêts en présence : ceux de la mise en concurrence initiale et ceux tout aussi importants, tirés de l'efficacité énergétique.

Relevons qu'une partie de la jurisprudence tend à s'assouplir en admettant la légalité de certains avenants : considérant que l'avenant n°6 adopté par les délibérations litigieuses a eu pour objet d'assurer le service prévu dans le contrat initial par la réa-

lisation de travaux destinés à améliorer le fonctionnement des équipements existants par la réduction de la pollution olfactive qui s'était développée à la suite du raccordement de nouveaux usagers du service public au réseau d'assainissement⁽²⁹⁾.

Il reste que plusieurs pistes sont envisageables pour permettre une meilleure adaptation des contrats aux défis des collectivités territoriales et de l'énergie :

– la première est d'ordre purement contractuel, et réside dans l'introduction de clauses d'évolutivité prenant en compte les évolutions énergétiques de façon plus complète qu'elles ne le sont aujourd'hui. Notons à cet égard que les clauses actuelles sont assez elliptiques lorsqu'elles existent, et qu'il est fort à parier qu'elles donneront lieu à contestation lorsqu'elles seront mise en œuvre dès lors que le droit à modification unilatérale initialement consenti dans le contrat débouchera sur des revendications liées au bouleversement économique du contrat du côté de l'exploitant⁽³⁰⁾ ;

– la deuxième, plus radicale, est celle d'une modification de l'article L.1411-2, b) du CGCT pour introduire des éléments de souplesse dans le dispositif actuel, en particulier dans le secteur de l'énergie⁽³¹⁾ ;

– la troisième relève d'un constat pratique : la volonté des collectivités de mettre en œuvre une politique énergétique répondant à des objectifs de diversification. Gageons que le juge, à l'image de la jurisprudence Ville nouvelle est⁽³²⁾ prenne plus en compte l'ensemble des intérêts en présence, y compris celui tiré de la raréfaction des ressources et du changement climatique. ■

(27) *Ce qui est, par principe, dissuasif.*

(28) Voir, sur ce point, J.-F. Sestier, « Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie des contrats », BJC, n°7, novembre 1999, p.574 ; L. Vidal, « L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative », Préface de C. Bréchon-Moulènes, Bruylant, 2005, p. 679 et s.

(29) CAA Lyon 8 février 2005, Cne d'Auxerre, n°99LY00655 – CAA Paris 3 juillet 2001, préc. : « Sur le fondement de la dérogation énoncée au b de l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales susmentionné, une délégation de service peut être prolongée au-delà d'un an afin de réaliser des équipements ayant des objectifs purement financiers tenant à la réduction des tarifs facturés aux usagers, qui traduisent une meilleure exécution du service public. »

(30) Pour une illustration récente, CAA Nancy 20 décembre 2007, Sté Vivendi c/Cne de Saint Dizier : Contrats marchés publ., avril 2008, p. 25, note O. Févrot : lorsque la modification unilatérale consentie ne bouleverse pas l'économie du contrat, l'indemnisation du cocontractant ne peut intervenir que sur le fondement de la responsabilité pour faute ; en revanche, lorsque la modification affecte l'économie du contrat, l'indemnisation du cocontractant est acquise sur le fondement du principe de l'équilibre financier, c'est-à-dire par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle sans faute de la personne publique.

(31) À l'image des projets de réforme dans le domaine des contrats de partenariat, les différents projets de lois tendent à rendre plus accessible le contrat de partenariat dans des domaines sectoriels.

(32) CE ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle est : Gaja, 15^e éd., p.598.