Loi Grenelle II : vers la mutation énergétique des DSP ?

- **Le projet de loi Grenelle II favorise l'utilisation des énergies renouvelables et de récupération, en sécurisant la prolongation par avenants des contrats de délégation de l'exploitation de réseaux de chaleur.**
- **Ces modifications ne doivent pas néanmoins bouleverser l'économie générale de la délégation.**

Auteur

Pierre Pintat, avocat associé, Cabinet Matharan-Pintat-Raymundie.

Référence

Art. L.1411-2 du CGCT

Mots clés

Développement durable • Délégation de service public • Réseau de chauffage urbain • Énergies renouvelables • Passation • Avenant • Mutabilité du contrat •

Les objectifs de « développement durable » sont de plus en plus souvent inscrits au cœur des politiques publiques, en particulier s'agissant du volet environnemental de cette notion. Les différentes formes de partenariat public-privé (PPP), parmi lesquelles figurent les délégations de service public (DSP), tiennent une place quantitative et qualitative majeure et peuvent servir ces objectifs s'ils sont utilisés en ce sens[1]. C'est très souvent le cas en pratique dans les domaines directement liés à l'environnement, tels les déchets, l'eau ou les transports, ainsi que dans d'autres domaines. Pour autant, des projets porteurs de développement durable s'accommodent parfois mal des règles juridiques applicables à ces partenariats de longue durée, qui reposent sur des exigences légitimes de publicité et de mise en concurrence. En effet, l'essor actuel des politiques de développement durable pose avec une acuité particulière la question – pourtant traditionnelle pour les juristes – de la mutabilité des contrats administratifs de longue durée. On a pu souligner la tension, voire la contradiction, qui existe entre l'intérêt qui s'attache à la mise en œuvre de nouvelles politiques énergétiques par les collectivités et le respect des données contractuelles initiales, gage du respect des règles de concurrence[2].

Le projet de loi Grenelle II tend à apporter une contribution au traitement de cette question au bénéfice de l'utilisation des énergies renouvelables et de récupération dans le cadre de l'exécution des contrats de délégation de service public, et plus spécifiquement des délégations de l'exploitation de réseaux de

(1) Alors même que les textes n'évoquent pas la notion de développement durable, à la différence du code des marchés publics ou des dispositions relatives aux contrats de partenariat.

(2) O. Raymundie et X. Matharan, « Réseaux de chauffage urbain et changement d'énergie », CP-ACCP, n° 78, juin 2008, p. 73.

chaleur. Les enjeux de qualité de l'air et de prise en compte du changement climatique sont donc notamment abordés par le projet, qui accorde une place importante à l'énergie. Dans ce domaine, il vise pour l'essentiel à renforcer la planification des énergies renouvelables, étend le dispositif des certificats d'économie d'énergie et encadre le développement des dispositifs expérimentaux de stockage de CO_2[3].

Dans son discours devant le Sénat à l'occasion de l'examen du projet, le ministre de l'écologie a souhaité que ce texte « engage la mutation énergétique ». Il a notamment évoqué à cet égard les schémas régionaux climat-air-énergie destinés à valoriser le potentiel des énergies renouvelables, la généralisation à moyen terme des compteurs dans les immeubles fonctionnant en réseaux de chaleur, la possibilité pour les régions et les départements de bénéficier de l'obligation d'achat pour leurs énergies renouvelables, la structuration par région du potentiel des énergies renouvelables de proximité associée à un raccordement efficace au réseau. Ainsi qu'a pu le rappeler pour sa part la secrétaire d'État lors des débats devant cette assemblée, « la situation de notre pays pour les réseaux de chaleur et l'usage, au sein de ceux-ci, des énergies renouvelables n'est pas brillante : nous sommes très en retard par rapport aux pays du Nord et à l'Allemagne. La part de l'énergie renouvelable dans l'énergie consommée par les réseaux de chaleur n'est que de 29 %, dont 20 % proviennent des usines d'incinération des ordures ménagères (UIOM) ». Ce constat explique les efforts d'incitation par les pouvoirs publics intervenus récemment : la loi du 13 juillet 2006 Engagement national pour le logement[4] a crée une incitation fiscale à la réalisation d'investissements en matière d'énergies renouvelables ou de récupération, en réduisant le taux de TVA à 5,5 % pour les usagers de réseaux alimentés à partir de ces sources d'énergie[5]. Plus récemment, la loi Grenelle I[6] a également encouragé ces investissements en prévoyant que « le fonds de soutien au développement de la production et de la distribution de chaleur d'origine renouvelable contribue au soutien apporté à la production et à la distribution de chaleur d'origine renouvelable »[7].

La plupart des réseaux de chauffage urbain sont exploités en délégation de service public. Il est donc cohérent que le législateur s'efforce aujourd'hui d'assouplir le régime juridique qui restreint la faculté d'opérer des investissements non prévus par les contrats en cours. Après avoir explicité en quoi l'état actuel du droit constitue un frein à la mutation énergétique des délégations de service public en cours **(I)**, on présentera de quelle façon le projet de loi Grenelle II s'efforce d'y remédier s'agissant de l'utilisation d'énergies renouvelables ou de récupération **(II)**, avant de souligner les limites de cette démarche compte tenu du droit européen et du droit constitutionnel **(III)**.

(3) *Communiqué de presse du 7 janvier 2009.*

(4) *Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.*

(5) *Art. 279 CGI ; la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2009 du 28 décembre 2008 (art. 73) a réduit le seuil d'énergies renouvelables ou de récupération à atteindre pour bénéficier du taux réduit, passant de 60 % à 50%.*

(6) *Loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.*

(7) *Art. 19. Voir le « Fonds chaleur renouvelable» géré par l'Ademe (1 milliard d'euros pour la période 2009-2011) ; il a vocation à subventionner notamment la création de nouvelles unités de production de chaleur renouvelable.*

I. Le droit actuel, un frein à la mutation énergétique des DSP en cours

Aux termes de l'article L.1411-2 du CGCT, « les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ». La loi ne limite donc pas dans l'absolu la durée des délégations de service public[8].

En revanche, aux termes du même article, lorsqu'elle est contractuellement fixée, la durée d'une convention de délégation de service public ne peut être prolongée que : « a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ; 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. [...] Les modalités d'application du présent article sont fixées, en tant que de besoin, par décret en Conseil d'État »[9]. On observera que cette restriction à la prolongation des délégations de service public n'existe pas s'agissant des marchés publics. En ce qui les concerne, seul le régime général des avenants, fixé à l'article 20 du code des marchés publics[10], qui prohibe le « bouleversement de l'économie du marché » restreint les facultés de prolongation éventuelle. Ainsi, on observe qu'un marché de service public de longue durée peut se voir le cas échéant prolongé au-delà d'un an sans que cette prolongation soit subordonnée aux conditions particulières posées en matière de délégations de service public.

Il faut souligner l'emploi, par l'article L.1411-2 du CGCT, de l'expression « modifier l'économie générale de la délégation », qui ne doit pas être comprise comme permettant de « bouleverser » l'économie générale de la délégation. Dans son avis du 19 avril 2005[11], le Conseil d'État a formulé une nouvelle synthèse du droit des avenants en matière de délégations de

(8) *Ce n'est que par exception que l'article L. 1411-2 précité du CGCT dispose 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, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation ».*

(9) *Aucun décret n'est venu préciser de modalités d'application des dispositions relatives à la durée des délégations de service public. Pour autant, les dispositions y afférentes n'appellent pas nécessairement un décret d'application, et leur entrée en vigueur n'a donc pas été subordonnée à l'intervention d'un tel décret.*

(10) *« En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. »*

(11) *CE avis 19 avril 2005, n°371234 :* EDCE, *2005, p.197.*

service public, en retenant une approche relativement pragmatique selon laquelle ces avenants ne sauraient apporter de «modifications substantielles» aux «éléments essentiels» du contrat, que sont le prix, la durée, la nature des prestations, et les tarifs applicables aux usagers.
S'agissant plus spécifiquement des avenants de prolongation, on a pu relever une contradiction potentielle dans l'article du CGCT précité, qui pose explicitement une condition tirée de ce que la durée du contrat ne doit pas permettre l'amortissement des investissements sans une augmentation excessive des tarifs, mais qui, dans le même temps, pose implicitement une autre condition tirée de ce que l'économie générale du contrat ne doit pas être «bouleversée». Pour combiner les deux conditions, il faut considérer que la situation envisagée par le législateur est celle d'un investissement significatif mais mesuré relativement à l'économie générale du contrat, et intervenant à une date relativement proche de l'échéance de la convention. Par ailleurs, on a pu s'interroger sur ce que l'on devait entendre par «bonne exécution du service public», et dans quelle mesure pouvaient être prises en compte des considérations tirées de l'intérêt financier du service (baisse des tarifs aux usagers notamment).
Mais c'est surtout la condition tirée de la «nécessité» des investissements qui fait difficulté, ainsi que cela ressort de la jurisprudence rendue sur les avenants passés pour la mise en place de cogénérations dans les délégations de chauffage urbain. Lorsque les conditions d'achat de l'électricité produite à partir d'installations de cogénération se sont trouvées améliorées dans les années 1990 au vu de leurs performances énergétiques, et que de nombreux réseaux de chaleur ont eu un intérêt économique à mettre en place de telles installations, le juge administratif a admis que l'intérêt économique et financier pouvait ressortir de la «bonne exécution» du service, mais il a censuré l'absence de «contrainte» ou de «nécessité»[12].

En l'état actuel du droit, les avenants «biomasse» ou «géothermie» susceptibles d'être conclus par les collectivités délégantes et leurs délégataires pour substituer, au fioul ou au gaz, ces énergies renouvelables, pourraient connaître le même sort que les avenants «cogénération». C'est ce que le projet de loi Grenelle II s'efforce d'éviter.

II. Le projet de loi Grenelle II, facilitateur de la mutation énergétique des DSP en cours

Le projet de texte soumis au Sénat a été amélioré en commission, mais les débats n'ont en revanche rien apporté.

A) Le projet issu des travaux du Sénat en commission

Le projet de loi portant engagement national pour l'environnement comprend un titre III consacré à l'énergie et au climat, lequel comprend un chapitre II relatif aux «énergies renouvelables». Au sein de ce chapitre figure, depuis l'origine du processus législatif, un article 30 tendant à étendre les cas de prolongation d'une délégation de service public à l'hypothèse de l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération. Le texte adopté par le Sénat le 8 octobre 2009 modifie le b) de l'article L. 1411-2 du CGCT précité en prévoyant que la durée d'une convention de délégation de service public peut être prolongée «lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive» ; il précise ensuite que «ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par:
– la bonne exécution du service public;
– l'extension du champ géographique de la délégation;
– l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant le terme de la prolongation est supérieure à trois ans;
– la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage».

Les deux premiers cas sont déjà prévus par la loi: le texte n'innove donc pas sur ce point. En revanche les troisième et quatrième cas sont nouveaux. Ce texte est conforme au texte issu de la commission, et les débats au Sénat ne l'ont donc pas fait évoluer. Cependant, les travaux de la commission préalables au débat ont contribué à le façonner dans sa rédaction actuelle, en rendant cette rédaction plus synthétique.

L'exposé des motifs du projet de loi faisait valoir, à juste titre, que les réseaux de chaleur ont un rôle important à jouer dans le développement des énergies renouvelables. On précisera à cet égard que par «énergies renouvelables», il y a lieu d'entendre celles visées par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique dite POPE, à savoir: les énergies éolienne, solaire, géothermique, aérothermique, hydrothermique, marine et hydraulique, ainsi que l'énergie issue de la biomasse[13], du gaz de décharge, du gaz de stations d'épuration d'eaux usées et du biogaz. Cet exposé des motifs soulignait notamment que, d'un point de vue technique, les réseaux de chaleur permettent d'utiliser la biomasse sous toutes ses formes, la géothermie et l'incinération des déchets, et que cette nouvelle disposition ajoutait explicitement les investissements pour le développement des énergies renouvelables parmi les causes qui peuvent conduire à une augmentation de la «durée de concession d'un réseau de chaleur».
Le rapport du Sénat sur le projet de loi[14] indiquait pour sa part que «les articles 30, 31 et 32 concernent les réseaux de distribution

(12) *TA Melun 7 juillet 1999, Préfet du Val-de-Marne c/Cne de Fontenay-sous-Bois, n°990403 — CAA Paris 3 juillet 2001, Cne de Fontenay-sous-Bois et Sté Soccram c/Préfet du Val-de-Marne et asso. de défense des abonnés au chauffage urbain, n°PA03841 — CAA Lyon 8 février 2005, Cne d'Auxerre, n°99LY00655.*

(13) *« La biomasse est la fraction biodégradable des produits, déchets et résidus provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales issues de la terre et de la mer, de la sylviculture et des industries connexes, ainsi que la fraction biodégradable des déchets industriels et ménagers» (art. 29 de la loi POPE).*

(14) *n°552, t. 1.*

de chaleur », pour lesquels est proposée, notamment, la « possibilité de prolonger la durée de concession d'un réseau de chaleur en raison d'investissements liés au développement des énergies renouvelables ».
Pour autant, le projet de texte ne limite pas les nouveaux cas de prolongation des conventions de délégation de service public à celles qui portent sur l'exploitation de réseaux de chaleur. Ainsi, en l'état de la rédaction actuelle du projet de loi, on peut parfaitement imaginer que la mutation énergétique d'une délégation de service public par avenant moyennant prolongation de sa durée puisse concerner, par exemple, l'exploitation d'équipements sportifs ou de loisirs. Il y a là une question importante d'interprétation du texte qui ne manquerait pas de se poser en l'absence de précision apportée au cours de la poursuite de l'examen du texte, puisque l'intention du législateur exprimée dans les travaux préparatoires et la lettre du texte dans sa rédaction actuelle présentent un écart majeur. On est porté à penser que la lettre devrait l'emporter en l'absence de toute ambiguïté.

Enfin, le projet de loi tend à éviter la recherche d'un effet d'aubaine par les parties, dans l'hypothèse où celles-ci seraient surtout soucieuses de retarder la remise en concurrence. Elles pourraient en effet attendre le plus longtemps possible avant de prolonger la convention sur ce fondement. C'est la raison pour laquelle le législateur prévoit que la nouvelle disposition ne puisse être invoquée moins de trois ans avant l'expiration de la durée de la convention.

B) Les débats au Sénat

Les amendements parlementaires et les débats qu'ils ont suscités devant le Sénat n'ont pas réellement porté sur les questions spécifiquement soulevées par ce nouveau texte.
Un premier amendement déposé visait à ce que la prolongation prévue « pour l'extension géographique d'un réseau de chaleur » ne puisse intervenir que « si est assurée, sur l'ensemble du réseau, la vérification des performances technico-économiques des réseaux sur la base d'indicateurs définis par décret en Conseil d'État en tenant compte des perspectives de raccordement de nouveaux usagers et de l'évolution prévisible des besoins des consommateurs existants »[15]. Cet amendement se présentait comme tendant à « lutter contre les surcoûts liés à un surdimensionnement des réseaux de chaleur ou à la négligence de la conduite de chauffe des exploitants », ou encore à obtenir la garantie « que les délégataires de services publics ne seront pas rétribués plus que de raison ». Les auteurs de cet amendement entendaient « faire en sorte que l'on puisse disposer d'une chaleur à des conditions compétitives », soulignant que « ce texte obligera les nouvelles constructions à se raccorder aux réseaux de chaleur ».
Les contraintes qui pèsent sur l'extension géographique des réseaux de chaleur sont déjà fortes : contraintes liées à l'organisation intercommunale[16], contraintes liées aux procédures et règles d'aménagement[17], contraintes liées aux règles de la commande publique fréquemment applicables aux futurs usagers principaux du réseau[18], et enfin contraintes liées au régime des avenants aux délégations de service public[19]. Ajouter une contrainte supplémentaire qui consisterait à devoir justifier, « sur l'ensemble du réseau » d'une « vérification des performances technico-économiques des réseaux sur la base d'indicateurs définis par décret en Conseil d'État en tenant compte des perspectives de raccordement de nouveaux usagers et de l'évolution prévisible des besoins des consommateurs existants » apparaît inopportun pour un praticien. On imagine combien pourrait être artificiel l'exercice imposé consistant à opérer cette « vérification » : celle-ci serait le plus souvent réalisée, en pratique, par le délégataire lui-même, sauf à ce que la collectivité engage des coûts supplémentaires pour faire mener cette vérification par un bureau d'études spécialisé. Cela retarderait l'opération en générant des coûts et délais administratifs pour un résultat qui ne saurait être très probant. Cela supposerait en outre un décret d'application, prévu par l'amendement lui-même, difficile à élaborer, et qui pourrait se faire attendre longtemps.
Enfin, l'absence de sincérité de cette « vérification » ne pourrait, en pratique, faire l'objet d'aucune réelle sanction juridictionnelle compte tenu des limites prévisibles du contrôle minimal qui serait opéré par la juridiction administrative en cas de contentieux.

Une régulation technico-économique doit bien entendu exister, mais elle doit reposer sur des mécanismes de responsabilisation, c'est-à-dire essentiellement sur une prise de risque d'exploitation par l'opérateur, qui est au demeurant le propre de la délégation de service public. Mais c'est par un réel contrôle des conditions d'exécution des délégations de réseaux de chaleur dans le cadre déjà fixé par la loi et le règlement[20], permettant une négociation efficace de l'avenant d'extension géographique (conditions de financement, calendrier de raccordement, tarifs, clause de révision, etc.), que cette régulation peut s'opérer. On ajoutera que les projets en cause ont vocation à bénéficier du « Fonds chaleur » géré par l'Ademe, institué en application de la loi Grenelle I[21], et qui pose comme condition d'éligibilité aux subventions que l'opération réponde à des critères qualitatifs de performance énergétique.

Enfin et surtout, la question de l'extension géographique des réseaux de chaleur, et donc du développement des énergies renouvelables que permettent ces réseaux, est sans réel rapport avec les critiques formulées par les auteurs de l'amendement, qui dénoncent une mauvaise maîtrise de la demande d'énergie en lien avec tel ou tel organisme bailleur, d'éventuelles négligences de la part de tel ou tel exploitant en matière de conduite

(15) Amendement n°532; voir également l'amendement n°585 rectifié ter.

(16) Il est juridiquement complexe d'étendre un réseau de chaleur communal au territoire d'une commune limitrophe.

(17) Il est juridiquement complexe de confier à un aménageur, de surcroît en cours d'aménagement, l'extension d'un réseau de chaleur existant.

(18) Le raccordement d'usagers soumis aux règles de la commande publique soulève des difficultés juridiques diverses (hôpitaux, universités, etc.).

(19) Contraintes que le projet de texte a précisément pour objet d'assouplir pour favoriser le recours aux énergies renouvelables.

(20) Art. L.1411-3 et R. 1411-7 CGCT.

(21) Art. 19-IV de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

de chauffe, ou des tarifs trop élevés constatés ici ou là. Un amendement analogue a été déposé relativement à la disposition relative à la prolongation de la durée des délégations de service public, et qui appelle les mêmes commentaires[22].
Un autre amendement visait à supprimer du cas de prolongation autorisé, l'hypothèse d'utilisation nouvelle ou accrue d'énergie « de récupération », en excluant « les installations d'incinération et de stockage de déchets » du bénéfice des nouvelles dispositions[23]. Les auteurs de cet amendement ont fait valoir au cours des débats qu'il convenait de « limiter les aides au développement des réseaux de chaleur aux seules énergies renouvelables »[24]. Force est de constater que les amendements déposés avaient plus pour objet de susciter des débats d'ordre général sur la place et les conditions de gestion des réseaux de chaleur ou sur les filières d'énergie de récupération, que de réellement discuter et améliorer le texte proposé.

III. Les limites du droit européen et du droit constitutionnel

La difficulté principale à laquelle est confronté le législateur pour assouplir le dispositif existant en matière d'avenants de prolongation des délégations de service public tient en ce que la matière est contrainte par les exigences du droit communautaire et le principe constitutionnel d'égal accès à la commande publique dont découlent les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. En effet, les avenants de prolongation envisagés par l'article L.1411-2 b) fondés sur des investissements matériels répondent à la définition des « concessions de travaux publics» soumises aux règles de passation fixées par la directive 2004-18 du 31 mars 2004[25]. Il s'agit bien de contrats « présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »[26]. Or la passation de ces contrats étant réglementée, un avenant ne peut constituer un « nouveau contrat » sauf à ne pas être compatible avec les objectifs de ladite directive. En précisant les conditions de recours aux avenants pour des contrats de cette nature, le législateur national est donc tenu de respecter les limites au-delà desquelles un avenant devrait être requalifié de nouveau contrat. À défaut, non seulement la France encourrait le risque d'une action en manquement[27] mais surtout le juge administratif serait conduit à écarter l'application de la loi[28].

Au demeurant, ces contraintes rejoignent celles découlant de la jurisprudence constitutionnelle française[29]. Il ne faut donc pas attendre de la loi une remise en cause radicale des contraintes qui pèsent aujourd'hui sur les délégations de service public. C'est la raison pour laquelle dans la phrase de l'article L. 1411-2 b) prévoyant que les investissements doivent être « de nature à modifier l'économie générale de la délégation », le terme « modifier » ne saurait être remplacé par celui de « bouleverser ». Tout au plus peut-on souhaiter que le législateur ne crée pas plus d'insécurité juridique qu'il n'en existe aujourd'hui en retenant des formulations inadéquates. Ainsi par exemple, la condition du texte actuel tenant à ce que les investissements soient réalisés « à la demande » du délégant mériterait d'être supprimée, étant inappropriée et inutile. Inappropriée parce qu'en pratique, c'est souvent à l'initiative du délégataire, qui assure la veille technologique, économique et réglementaire, que ce type d'évolution technique du service intervient. Inutile parce qu'à l'évidence, un avenant suppose l'accord de l'autorité délégante.
Il est satisfaisant que la rédaction de l'article L.1411-2 du CGCT soit assouplie pour contribuer à sécuriser juridiquement des investissements tendant à l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergie propre. Cette rédaction, telle qu'elle ressort du texte issu du Sénat pourrait donc être utilement améliorée en retirant les conditions de « nécessité » et de « demande du délégant », qui génèrent de l'insécurité juridique, en contradiction avec l'intention du législateur, et peuvent être paralysantes si on les prend à la lettre.
Enfin, compte tenu de la contrainte du droit européen et du droit constitutionnel en matière de commande publique, qui constituent une limite qui ne saurait être franchie, pour les nouveaux contrats de délégation de service public, il restera pertinent d'introduire des clauses permettant d'assurer leur meilleure mutabilité possible, sans préjudice d'une bonne définition préalable du besoin.

On fera observer qu'alors même qu'il s'agit de « marchés publics » au sens du doit européen, les contrats de partenariat bénéficient d'une disposition légale tendant à faciliter la conclusion d'avenants, puisque ces contrats doivent obligatoirement comporter des clauses relatives « aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications

(22) *Amendement n°530 qui prévoit que la prolongation est possible si, en outre, « sont assurées la compétitivité de l'offre ainsi que la vérification des performances technico-économiques des réseaux sur la base d'indicateurs définis par décret en Conseil d'État en tenant compte des perspectives de raccordement de nouveaux usagers et de l'évolution prévisible des besoins des consommateurs existants ».*

(23) *Amendement n°386.*

(24) *Les mêmes auteurs ont déposé un amendement (non adopté) tendant à supprimer la TVA à 5,5% pour les abonnements relatifs à la fourniture de chaleur lorsqu'elle est produite à plus de 50% par les déchets. Ils font grief à ces énergies fatales provenant soit de la récupération de l'énergie issue de l'incinération des déchets, soit de la combustion du gaz issu de leur fermentation, de « poser des problèmes » en termes de rejet de dioxine, de cendres volantes, d'enfouissement de métaux lourds.*

(25) *Titre III. On précisera que lorsqu'une collectivité confie l'exploitation d'une activité d'opérateur de réseau, elle est soumise à la directive 2004-18 et non à la directive 2004-17 (CE 9 juillet 2007, Synd. EGF-BTP et a., n°297711.*

(26) *Art. 1-3 de la directive.*

(27) *À titre de comparaison, une procédure d'infraction avait été ouverte par la commission européenne à l'encontre de la France en raison de la dérogation, pour les établissements publics, à l'obligation de mise en concurrence des concessions de travaux publics prises en tant que délégations de service publics au sens de l'article L.1411-1 du CGCT; elle a été clôturée après la publication de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (AJDA, 30 novembre 2009, p.2204).*

(28) *CE ass 28 février 1992, SA Rothmans International France et SA Philip Morris France, nos 56776 et 56777.*

(29) *n°2004-460 DC du 22 août 2002 et n°2002-461 DC du 29 août 2002 — CE 30 janvier 2009, ANPE, n°290236, publié au* Lebon.

dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant »[30]. Rien n'interdit donc de retenir cette méthode dans le cadre des contrats de délégation de service public, même en l'absence de texte sur ce point précis, ainsi que cela se pratique au demeurant déjà largement[31].

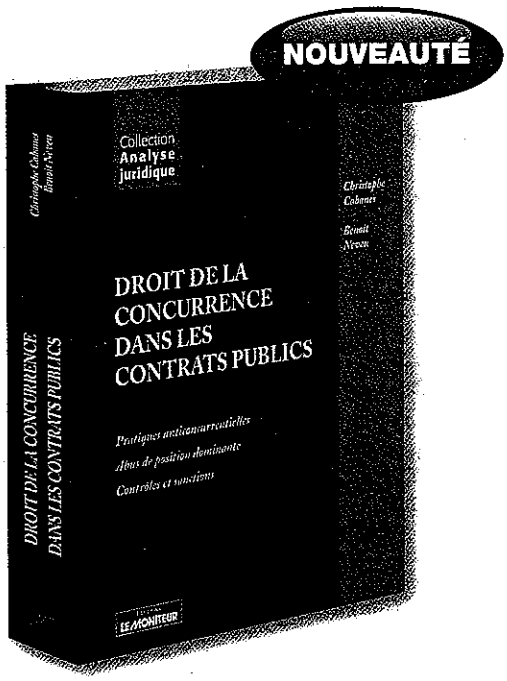
Conclusion

Le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale a récemment indiqué, à l'heure à laquelle sont écrites ces lignes, que les travaux en interne de la commission étaient déjà engagés et que les auditions étaient menées à un rythme soutenu. Selon lui, le projet de loi est sorti sensiblement enrichi de son examen au Sénat mais certains points peuvent encore être améliorés. Initialement annoncé pour le mois de janvier 2010, l'examen du projet de loi Grenelle II pourrait toutefois prendre du retard à l'Assemblée nationale. Il reste à souhaiter que le juge administratif ait une approche pragmatique et constructive du nouveau texte. Cela sera certainement le cas, dans la lignée de l'avis rendu en 2005 par le Conseil d'État[32]. Mais cela suppose que les collectivités publiques et les exploitants délégataires en aient pour leur part une approche raisonnable et vertueuse. ■

(30) Art. L.1414-12 h) CGCT.

(31) Pour une illustration en matière de transports publics, voir P. Pintat, « La dimension institutionnelle dans les contrats de transports », CP-ACCP, n°48, octobre 2005, p.48.

(32) CE avis 19 avril 2005, préc.



Tout connaître sur les pratiques anticoncurrentielles

Cet ouvrage propose une **analyse approfondie des pratiques anticoncurrentielles** avec une attention particulière pour les décisions rendues par les autorités et juridictions compétentes en terme de droit de la concurrence. Les **aspects juridictionnels** des pratiques anticoncurrentielles sont détaillés, depuis la Commission européenne jusqu'au juge civil national, en passant par le Conseil de la concurrence.
Cet ouvrage est le seul outil permettant aux praticiens de **sécuriser leur passation et leur exécution.**

Christophe Cabanes et Benoît Neveu – Analyse juridique – 2008 360 pages – 70 € – Réf. commande : 112620

EDITIONS LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com