

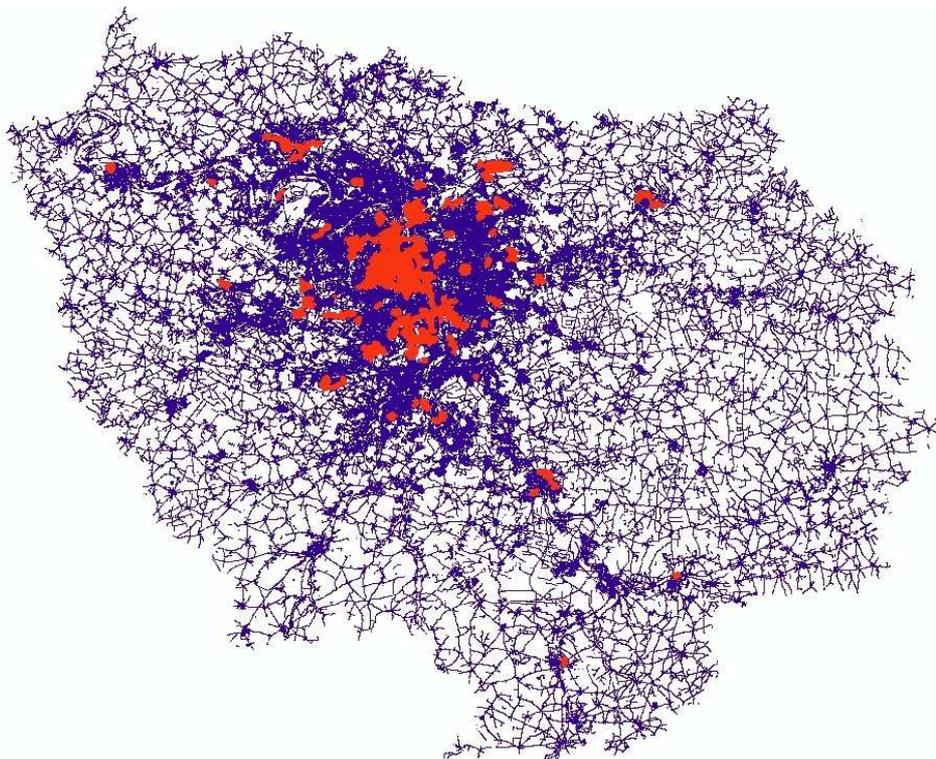
VOLET JURIDIQUE

EXTRAIT DE L'ÉTUDE SUR LES RÉSEAUX DE CHALEUR

EN ÎLE-DE-FRANCE,

CONTRIBUTIVE À L'ÉLABORATION

DU SCHÉMA RÉGIONAL CLIMAT AIR ENERGIE



8 octobre 2012

Sommaire

1. TRAVAUX RÉALISÉS.....	5
2. ETAT DES LIEUX.....	6
2.1 Réseaux de chaleur et service public.....	6
2.2. Principes généraux applicables aux services publics.....	7
2.3. Encadrement par la loi de la tarification de la fourniture de chaleur	10
2.4. Délégation du service public de distribution d'énergie calorifique.....	13
2.5. Aides d'Etat et incitations économiques et fiscales à la production et la distribution de chaleur à partir d'EnR&R.....	17
3. GUIDE DES BONNES PRATIQUES JURIDIQUES.....	23
3.1. Les conditions de révision des contrats.....	23
3.1.1. Le régime général des avenants.....	
3.1.2. Le régime spécifique des avenants de prolongation.....	
3.1.3. La modification unilatérale par le délégant.....	
3.2. Les possibilités de révisions des puissances souscrites	31
3.2.1. La nature des travaux concernés.....	
3.2.2. La procédure à suivre pour obtenir un réajustement.....	
3.2.3. Le seuil de puissance à partir duquel le réajustement est accordé.....	
3.3. L'importance de la classification des biens de retour et de reprise	34
3.3.1. Les critères de la distinction biens de retour et biens de reprise.....	
3.3.2. Les modalités induites par la distinction.....	
3.3.3. La fixation du périmètre des contrats de réseau de chaleur.....	
3.3.4. L'information des abonnés et des usagers.....	
3.4. Conclusion sur les bonnes pratiques juridiques.....	42
ANNEXES : CIRCULAIRE DE 1982.....	43

1. TRAVAUX RÉALISÉS

L'état des lieux réglementaire sur les réseaux de chaleur en Ile-de-France vise à présenter les opportunités et insuffisances du cadre législatif et réglementaire actuel, compte-tenu, d'une part, des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre (objectifs des 3x20¹ et du Facteur 4² qui se traduiront, pour la région Ile-de-France, dans un schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE) devant être élaboré à l'échéance de juillet 2011³) et, d'autre part, de l'intérêt général qui s'attache à un exercice transparent et efficace d'un service public des réseaux de chaleur de plein exercice.

Sur la base de ce travail d'étude des textes, des contrats et des divers échanges qui ont eu lieu le Cabinet De Castelneau a réalisé un guide des bonnes pratiques.

Aux fins de la réalisation du présent rapport, nous avons passé en revue l'ensemble des aspects juridiques des conventions de délégation de service public qui nous ont été transmises. Nous avons réalisé l'examen de 14 contrats, comprenant sept concessions de service public, six contrats d'affermage et un marché public **xxx**. Cet examen **xxx** est un état des lieux contractuels et n'a pas vocation à apporter un regard critique sur la légalité des différents montages.

xxx

¹ Dans le cadre du paquet Energie-Climat, l'Union européenne s'est fixée le triple objectif, d'ici à 2020, de :
réduire d'au moins 20% ses émissions de gaz à effet de serre ;
améliorer de 20% l'efficacité énergétique de la Communauté européenne ;
porter la part des énergies renouvelables à au moins 20% de sa consommation d'énergie finale (ce dernier seuil, distinct selon les pays, étant porté à 23% en France).

² La France s'est par ailleurs engagée à « diviser par quatre ses émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 en réduisant de 3% par an, en moyenne, les rejets de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, afin de ramener à cette échéance ses émissions annuelles de gaz à effet de serre à un niveau inférieur à 140 millions de tonnes équivalent de dioxyde de carbone » (article 2 de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 dite « Grenelle 1 »).

³ Articles L. 221-1 et suivants du Code de l'environnement.

2. ETAT DES LIEUX

2.1 Réseaux de chaleur et service public

La production et/ou la distribution de chaleur constitue une activité de service public à caractère industriel et commercial (SPIC)⁴ et facultatif : en effet, aucune loi ou réglementation n'impose à des collectivités publiques de se charger de sa mise en œuvre. La loi reconnaît cependant, depuis 1980, la compétence des collectivités territoriales dans l'initiative de la création et la gestion des réseaux de chaleur⁵.

Ce cadre juridique ouvert permet ainsi la coexistence de réseaux de chaleur publics et privés, le propriétaire du réseau pouvant être, dans ce dernier cas, une copropriété, une société immobilière, un organisme HLM à statut privé, ou encore une entreprise privée.

En ce qui concerne les réseaux publics (et donc le service public de la production/distribution de chaleur), la jurisprudence a posé le principe selon lequel les personnes publiques disposent d'une compétence discrétionnaire dans le choix du mode de gestion de leurs services publics, qu'ils soient obligatoires ou facultatifs⁶ (sauf services publics « non déléguables » tels que la justice, l'enseignement, la police...).

Il résulte de ce principe que les communes peuvent décider :

- soit de confier la gestion du service à un tiers, par le biais d'une convention de délégation de service public ou, plus rarement dans la pratique, d'un marché public de service⁷ ;
- soit d'en assurer directement la gestion, par leurs propres services, par le biais d'une régie, ou de schémas institutionnels

⁴ Cf. notamment CAA Versailles, 3 février 2006, req. n°04VE02928, *Syndicat d'équipement et d'aménagement des pays de France et de l'Aulnoye* ; CAA Versailles, 28 mars 2006, req. n°04VE03501, *Association de défense des usagers du chauffage urbain* ; CAA Paris, 17 mars 2009, req. n°07PA01173, *Cne de Puteaux*.

⁵ Article 8 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz dont la rédaction est issue de l'article 3 de la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur (désormais codifiés à l'article L. 111-51 du code de l'énergie et à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales).

⁶ CE, 10 janvier 1992, req. n°97476, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*.

⁷ Il existe un débat sur la possibilité de confier la gestion d'un service public par le biais d'un contrat de partenariat (Thierry Reynaud, *Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public*, BJCP n°70 p.166 ; en sens contraire, Philippe Delelis, *Contrat de partenariat et exploitation du service public – Huit questions et un appel à la raison*, AJDA 2010 p. 2244). Une position prudente dans l'attente d'un arrêt du Conseil d'Etat tranchant cette question serait de considérer interdite la dévolution d'une mission de service public au partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Extrait de l'étude sur les réseaux de chaleur en Ile-de-France / DRIEE-DRIEA
permettant de mutualiser la gestion entre plusieurs collectivités
(intercommunalités / sociétés publiques locales).

2.2. Principes généraux applicables aux services publics

Les services publics sont régis par des principes issus de la jurisprudence administrative, dont les plus significatifs sont le principe d'égalité et le principe de continuité. Un autre principe fondateur applicable aux services publics industriels et commerciaux est celui selon lequel les usagers du service ne doivent pas supporter de coûts étrangers à l'objet du service.

Principe d'égalité

Le principe d'égalité impose au gestionnaire du service de traiter de manière identique tous les usagers, les différences de traitement entre des catégories d'usagers ne pouvant être admises « qu'à la condition que ces différences soient justifiées par des considérations d'intérêt général en rapport avec l'exploitation du service ou fondées sur des différences objectives de situation des usagers concernés », ou encore si une loi les impose⁸.

De plus, dans l'hypothèse d'une différence de traitement, quelle qu'en soit la cause, le juge administratif exerce un contrôle sur l'absence de disproportion manifeste entre la différence de traitement et la différence de situation qui la justifie⁹.

Il convient de noter que le principe d'égalité n'est pas appréhendé de la même manière par les juridictions nationales et par les juridictions communautaires. Si, en droit interne, le fait de traiter différemment des usagers placés dans une situation différente est un droit, il s'agit, en droit communautaire, d'un devoir : en effet, « le principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne impose (...) de ne pas appliquer la même règle à des situations différentes »¹⁰.

La question se pose de savoir si ce principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne (ou « droit à la différence » de traitement dans le cas de situations différentes) serait opposable aux gestionnaires de services

⁸ CAA Versailles, 3 février 2006, req. n°04VE02928, préc. ; CAA Bordeaux, 13 novembre 2007, req. n°06BX01607, *Régie des sports d'hiver de Luz-Ardiden* ; CE, 13 octobre 1999, req. n°193195, *Cie nationale Air France* (sous réserve, alors, que la différence de traitement autorisée par cette loi soit en rapport avec ses objectifs).

⁹ Cf. par exemple, CE, 22 octobre 2010, req. n°321818, *Syndicat Force Ouvrière des Magistrats* ; CAA Nancy, 6 décembre 2007, req. n°06NC01625, *Département des Ardennes*.

¹⁰ CE, 12 octobre 2010, req. n°332393, *Sté Bouygues Télécom*.

Extrait de l'étude sur les réseaux de chaleur en Ile-de-France / DRIEE-DRIEA publics en France. Nous n'avons pas identifié de décision l'ayant expressément jugé au titre de la gestion des services publics. Néanmoins, en 2010, le Conseil d'Etat a, pour la première fois, accepté d'examiner au fond le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un décret¹¹. Il ne peut donc pas être totalement exclu que la jurisprudence admette un jour l'opposabilité d'un tel moyen à l'encontre du traitement uniforme d'usagers du service public pourtant placés dans des situations objectivement différentes.

Les juridictions administratives ont eu l'occasion de rappeler le principe d'égalité en matière de tarification de la chaleur¹². Il a ainsi été jugé qu'une tarification dont le terme forfaitaire « R2 » marquait une progression moyenne annuelle de 24,8% pour les abonnés de la catégorie « logements », alors que les autres catégories d'abonnés ne subissaient aucune progression de ce terme du tarif, était illégale, cette différence de traitement n'étant justifiée par aucune différence de situation, ni par l'intérêt général.

Principe de continuité

Ce principe implique un fonctionnement continu du service, garanti par la qualité de l'entretien-maintenance et du renouvellement des installations, l'établissement de chaufferies d'appoint, et sanctionné contractuellement en cas de suspension ou d'interruption du service.

Le juge administratif s'assure notamment que la continuité du service public est garantie, même en fin de contrat ou lorsque les relations contractuelles sont amenées à disparaître. Il a ainsi été jugé dans une DSP portant sur l'exploitation d'un réseau de chaleur que « la recherche d'une résolution amiable ou la constatation contentieuse de nullité de la convention ne font pas obstacle à ce que l'exploitant continue de réaliser ces ouvrages nécessaires à la satisfaction, à court terme, des besoins des usagers et ne dispensent pas la communauté urbaine de prendre les mesures propres à assurer la continuité du service »¹³. Dans le même sens, et même s'il ne s'agissait pas, en l'espèce, de réseaux de chaleur, la jurisprudence a pu

¹¹ CE, 12 octobre 2010, req. n°332393, préc.

¹² CAA Versailles, 3 février 2006, n°04VE02928, préc.

¹³ CAA Lyon, 8 février 2007, req. n°06LY00183, *Communauté urbaine de Lyon*.

admettre, dans des situations d'extrême urgence, et de péril imminent au regard des impératifs de continuité du service public, que l'exploitation d'un contrat annulé soit confiée à un prestataire (le titulaire initial ou un tiers), à titre transitoire, sans mise en concurrence préalable¹⁴.

En outre, la loi impose de préciser, dans les contrats passés entre les producteurs d'énergie thermique et les exploitants de réseaux de chaleur, les modalités permettant d'assurer la continuité de l'approvisionnement¹⁵.

Application de tarifs trouvant leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers

Les SPIC sont soumis à l'obligation selon laquelle les usagers ne doivent pas supporter de coûts qui ne correspondraient pas au service qui leur est rendu.

Ce principe a notamment été appliqué en matière de chaleur, où il a été considéré par une cour administrative d'appel que « les tarifs des services publics à caractère industriel et commercial, qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux usagers en vue de couvrir les charges du service, doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers »¹⁶. En l'espèce, la cour administrative d'appel a considéré que ce principe n'avait pas été méconnu, dans un cas où les tarifs intégraient les coûts de construction et d'exploitation d'un four avec récupération de chaleur dans une usine d'incinération des ordures ménagères, ainsi que l'exploitation de cette usine. La Cour a en effet relevé que le concessionnaire exploitait les installations d'incinération des déchets ménagers à la seule fin de récupérer et de valoriser l'énergie destinée à alimenter le réseau de chauffage et qu'il n'était en revanche pas en charge du traitement des déchets ménagers et assimilés. Par conséquent, l'incinération des ordures ménagères contribuait, au même titre que les chaudières fonctionnant au charbon et au fioul, à la production du chauffage urbain. Ainsi, le prix de vente aux abonnés n'incluait aucune charge autre que celles correspondant aux coûts de production et de distribution de chaleur.

¹⁴ CE, 21 juin 2000, req. n°209319, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour* ; CAA Marseille, req. n°05MA00197, 25 juin 2007, *Commune de Sanary-sur-Mer* ; CJCE, 3 avril 2008, aff. C-444/06, *Commission c. Espagne*, points 48 s.

¹⁵ Loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, art. 4 (désormais codifié à l'article L.711-3 du code de l'énergie) ; décret n°81-542 du 13 mai 1981, art. 8.

¹⁶ CAA Versailles, req. n°04VE03501, 28 mars 2006, pr éc.

L'obligation d'une tarification traduisant le coût réel du service nécessite en outre de veiller à mettre en place, dans les DSP, des clauses de « droit d'usage », i.e. par lesquelles les gains réalisés dans le cadre d'extensions du réseau bénéficient également aux usagers du réseau initial.

2.3. Encadrement par la loi de la tarification de la fourniture de chaleur

Dimensionnement des installations et comptage

Afin de limiter les coûts pour les usagers, la loi impose, tout d'abord, un dimensionnement raisonnable des réseaux de chaleur. Ainsi, la puissance des installations destinées à alimenter un réseau de chaleur doit être en rapport avec la taille du réseau existant ou à créer¹⁷ ; dans le même sens, la mise en œuvre des installations de chauffage par tous exploitants ou utilisateurs doit être assurée de façon à limiter la température de chauffage des locaux et la température de chauffage de l'eau à des seuils prédéfinis¹⁸.

Ensuite, en application de la loi Grenelle 2, les exploitants doivent doter leurs réseaux de chaleur d'un système de comptage de l'énergie livrée aux points de livraison au plus tard le 14 juillet 2015. En effet, si la plupart des sous-stations disposent d'un dispositif de comptage de la chaleur destiné à la facturation des clients du réseau, le législateur a fait le constat que cet équipement n'était pas systématique¹⁹. Or, l'absence d'un tel dispositif ne garantit pas la transparence de la facturation, et en particulier de sa part proportionnelle à la quantité de chaleur livrée « R1 ». Par ailleurs, l'absence de visibilité, de part et d'autre de la sous-station, sur les quantités de chaleur livrée, n'incite pas aux économies d'énergie. L'installation de ces dispositifs de comptage a donc été rendue obligatoire²⁰ : les exploitants des réseaux de chaleur disposent d'un délai de cinq ans pour installer ces dispositifs aux points de livraison des immeubles alimentés par des réseaux de chaleur, soit au plus tard le 14 juillet 2015²¹. On notera que, parallèlement, l'existence d'un tel dispositif a été érigée en condition de la mise en œuvre des

¹⁷ Loi n°46-628 du 8 avril 1946, art. 8 (désormais codifiés à l'article L. 111-51 du code de l'énergie et à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales).

¹⁸ Loi n°74-908 du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie, art.2 à 4 (désormais codifiés aux articles L. 241-1 à L. 241-9 du code de l'énergie).

¹⁹ Rapport du Sénat n°552 du 9 juillet 2009 fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.

²⁰ Loi n°80-531 du 15 juillet 1980, art. 1-1 (désormais codifié à l'article L. 713-2 du code de l'énergie)..

²¹ La loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a été publiée au JORF n°160 du 13 juillet 2010 ; elle est donc **entrée** en vigueur le 14 juillet 2010, conformément à l'article 1^{er} du Code civil.

procédures de classement : lorsque l'exigence d'un comptage de l'énergie livrée par point de livraison cesse d'être satisfaite, la collectivité est en principe tenue d'adopter une délibération abrogeant le classement et, en tout état de cause, l'obligation de raccordement cesse d'être opposable aux administrés.

Par ailleurs, depuis 1974, tout immeuble collectif pourvu d'un chauffage commun doit comporter, quand la technique le permet, une installation permettant de déterminer la quantité de chaleur et d'eau chaude fournie à chaque local occupé à titre privatif²². Cependant, ce principe est assorti d'importantes dérogations²³, de telle sorte qu'il n'est finalement pas appliqué en matière de chauffage urbain. Selon Henri Prévot, auteur d'un rapport sur les réseaux de chaleur en France, l'individualisation des frais de chauffage permettrait pourtant de responsabiliser l'utilisateur sur sa consommation, et de réduire la consommation individuelle d'énergie calorifique de près de 20%²⁴.

Structuration tarifaire (termes « R1 » et « R2 »)

La loi a posé le principe d'une facturation binôme, en précisant que la facturation doit comporter une part relative aux frais fixes, et une part variable traduisant le coût des quantités de chaleur constatées²⁵. Cependant, la proportion respective des termes forfaitaire (« R2 ») et variable (« R1 ») n'est pas encadrée par la réglementation, ce qui conduit dans la pratique à des tarifs souvent peu incitatifs, compte-tenu de l'importance des coûts fixes d'investissement.

La loi Grenelle 2²⁶ a néanmoins eu pour visée de remédier à cette absence d'incitation à de nouveaux comportements des usagers, en prévoyant une nouvelle règle selon laquelle les abonnés à un réseau de chaleur peuvent demander un réajustement de la puissance souscrite après avoir réalisé des travaux de rénovation, permettant d'obtenir la diminution du terme forfaitaire

²² Loi n°74-908 du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie, art. 3 bis ; art. L. 131-3 du Code de la construction et de l'habitation (article qui renvoie, depuis l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011, à l'article L. 241-9 du code de l'énergie).

²³ Art. R. 131-3 du Code de la construction et de l'habitation.

²⁴ Conseil général des Mines, Ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie, *Les réseaux de chaleur*, rapport de Henri Prévot, Ingénieur général des mines, avec la collaboration de Jean Orselli, Ingénieur général des Ponts et Chaussées, 29 mars 2006.

²⁵ Il est en outre prévu par la loi que les contrats de fourniture d'énergie calorifique doivent prévoir « une facturation des dépenses correspondant aux quantités d'énergie livrées ».

²⁶ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

(« R2 ») de leur facture²⁷. De même, les locataires de logements HLM ou à loyer réglementé sont en droit d'obtenir une diminution de leurs charges correspondant à au moins 25% des économies d'énergie réalisées lorsque le propriétaire usager du réseau réalise des travaux aboutissant à de telles économies d'énergie²⁸. Enfin, la loi Grenelle 2 a ouvert la possibilité qu'un décret prescrive aux fournisseurs de chaleur l'obligation de communiquer périodiquement aux consommateurs finaux domestiques un bilan de leur consommation énergétique, qui devrait alors être accompagné d'éléments de comparaison, de conseil utiles à réduire leur consommation, ainsi que d'une évaluation financière des économies éventuelles qu'ils pourraient réaliser²⁹ ; toutefois, ce décret n'a pas été publié à ce jour et reste, aux termes de la loi, une simple faculté pour le pouvoir réglementaire.

TVA à 5,5%

Le régime financier de la vente de chaleur est marqué par l'application d'un taux réduit de TVA, dont le bénéfice concerne tous les réseaux de chaleur, mais dont la portée est plus importante pour les réseaux alimentés par des sources d'énergie renouvelable ou de récupération.

Ainsi, la part forfaitaire « R2 » de la facturation bénéficie d'un taux réduit de TVA à 5,5%, quel que soit le type de combustible alimentant le réseau de chaleur.

En revanche, la part variable « R1 » ne peut bénéficier de ce taux qu'à condition que la chaleur ait été produite au moins à 50% à partir de la biomasse, de la géothermie, des déchets et/ou d'énergie de récupération³⁰. A défaut, la fourniture de chaleur sera facturée pour la part « R1 » en application du taux normal de TVA de 19,6%.

²⁷ Loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, article 21-1. Les modalités de la demande de réajustement de la puissance souscrite doivent encore être fixées par voie réglementaire (désormais codifié à l'article L. 241-10 du code de l'énergie).

²⁸ Loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, art. 21.

²⁹ Art. L. 224-1 du Code de l'environnement.

³⁰ Article 279 b *decies* du Code général des impôts.

Comparaison avec le service public de production/distribution d'eau potable

Par comparaison aux réseaux de chaleur, il est intéressant de constater que la loi encadre de manière beaucoup plus précise la facturation de l'eau potable, qui est régie par les règles suivantes³¹ :

- Toute fourniture d'eau potable, quel qu'en soit le bénéficiaire, doit faire l'objet d'une facturation comprenant nécessairement, sauf exception, un montant calculé en fonction du volume réellement consommé par l'abonné et pouvant être établi soit sur la base d'un tarif uniforme au mètre cube, soit sur la base d'un tarif progressif, et éventuellement sur la base d'un tarif dégressif.
- La facture doit faire apparaître le prix du litre d'eau. Lorsque le tarif est progressif ou dégressif, un barème particulier tenant compte du nombre de logements peut être défini.
- En outre, la facture peut comprendre un montant calculé indépendamment du volume consommé, fixé en fonction des charges fixes du service et des caractéristiques du branchement (notamment du nombre de logements desservis). Ce montant est plafonné.

2.4. Délégation du service public de distribution d'énergie calorifique

Les conventions de délégation de service public (DSP) de distribution d'énergie calorifique ont fait l'objet d'un modèle de contrat issu d'une circulaire de 1982³². Bien que les circulaires n'aient pas de valeur impérative, ce modèle a largement été repris, notamment en ce qui concerne des clauses telles que la durée du contrat qui, dans le modèle de 1982, est limitée à 24 ans sans possibilité de tacite reconduction³³ (formule qui laisse toutefois très ouverte la possibilité de prolonger par avenant les DSP, sous réserve de ce qui suit).

Dans la mesure où il est nécessaire de faire face aux enjeux du Grenelle dans un contexte de nombreuses DSP en cours, il est intéressant de rappeler les règles régissant (i) la passation d'avenants notamment de prolongation, (ii) ainsi que la résiliation unilatérale des DSP.

³¹ Code général des collectivités territoriales, art. L. 2224-12-4.

³² Circulaire n°82-183 du 23 novembre 1982.

³³ Une autre circulaire du ministre de l'Intérieur du 7 août 1987 (non spécifique aux réseaux de chaleur) recommande, en matière de chauffage urbain, une durée de concession limitée à 24 ans, et une durée d'affermage limitée à 12 ans.

Avenants (notamment de prolongation)

En application du principe de parallélisme des formes, les modifications aux contrats doivent être effectuées par avenant, ce qui suppose une délibération de l'assemblée délibérante locale³⁴, ainsi que la transmission de la délibération au Préfet aux fins du contrôle de légalité, qui intervient obligatoirement avant la signature de l'avenant³⁵.

Il faut noter que les modifications ne peuvent pas avoir pour objet de bouleverser l'économie générale du contrat. Ces dernières doivent être en effet limitées, dans la mesure où, dans le cas contraire, elles seraient assimilées à la conclusion d'un nouveau contrat, nécessitant une nouvelle mise en concurrence³⁶. Concernant les marchés publics, cette règle est expressément fixée par la loi, qui précise qu'« *un avenant (...) ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* »³⁷. Concernant les conventions de délégation de service public, un avis du Conseil d'Etat³⁸ a précisé qu'un avenant « *ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire* ». Dans le même avis, le Conseil d'Etat a affirmé qu'« *un avenant (...) ne peut pas modifier l'objet de la délégation. Il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle* ».

Si la jurisprudence relative à la distinction entre avenant et nouveau contrat n'a pas permis de dégager des solutions claires applicables en toutes circonstances et qu'une analyse au cas par cas est effectuée par le juge administratif, il apparaît toutefois que le juge administratif a tendance à censurer les avenants aboutissant à une variation supérieure à 15% d'éléments tels que le montant des investissements, le prix du contrat ou

³⁴ Article L 2122-21 du Code général des collectivités territoriales (pour les communes, la même disposition s'appliquant aux autres collectivités locales et groupements), sauf exceptions limitées (article L 2122-22 du même Code).

³⁵ Articles L 2131-1 et L 2131-2 du Code général des collectivités territoriales (pour les communes, la même disposition s'appliquant aux autres collectivités locales et groupements) ; CE, 20 janvier 1989, req. n°70686, *Ville de Millau*.

³⁶ « Lorsqu'un avenant bouleverse l'équilibre d'une convention de délégation de service public, il constitue, de ce fait, un nouveau contrat, rendant nécessaire le recours à la procédure de mise en concurrence prévue à l'article L 1411-1 du Code général des collectivités territoriales » (CAA Versailles, 3 mars 2005, req. n°03VE04736, Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise). Pour des applications récentes, cf. CAA Paris, 17 avril 2007, req. n°06PA02278, Sté Kéolis ; CAA Marseille, 4 février 2008, req. n°05MA02097, Commune de Nîmes.

³⁷ Article 20 du Code des marchés publics. Cf. également : CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* ; CE, Avis, Sect. fin., 8 novembre 2000, n°364.803 ; Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, § 17.8.1.

³⁸ CE, Avis, Sect. des travaux publics, 9 avril 2005, n°371.234.

encore la durée du contrat. La possibilité de modifier les contrats par le biais d'un avenant est donc limitée.

Plus encore, la possibilité de modifier la durée d'une DSP en la prolongeant par avenant est étroitement encadrée par la loi. Les contrats de DSP doivent en effet avoir une durée limitée et les cas dans lesquels ils peuvent être prolongés sont limitativement prévus par la loi³⁹. Ainsi, les DSP peuvent, de manière générale, faire l'objet d'un avenant destiné à prolonger d'un an maximum la durée fixée initialement pour un motif d'intérêt général. Elles peuvent également être prolongées d'une durée supérieure lorsque le délégant impose au délégataire de réaliser des investissements non prévus au contrat. Il faut que ces investissements, qui répondent à une liste fixée par la loi, soient susceptibles de modifier l'économie générale du contrat et ne puissent être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. Ces conditions sont cependant strictement interprétées par le juge, qui considère que la prolongation demeure l'exception, et que les investissements, qui ne peuvent relever de la simple opportunité, doivent être indispensables au bon fonctionnement du service⁴⁰.

Compte-tenu de cette interprétation restrictive susceptible de freiner la conduite des objectifs du Grenelle de l'environnement, la loi Grenelle 2 a expressément introduit dans la liste des investissements pouvant justifier la prolongation d'une DSP les investissements relatifs à l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, sous réserve que la durée de la convention restant à courir avant son terme soit supérieure à trois ans.

Résiliation pour motif d'intérêt général ou rachat

Tout contrat administratif peut être résilié pour motif d'intérêt général quelles qu'en soient les stipulations⁴¹.

Le motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat peut consister en une réorganisation du service public dont la personne publique a la charge, c'est-à-dire des « *modifications dans les besoins et le fonctionnement du*

³⁹ Code général des collectivités territoriales, art.L1411-2

⁴⁰ Conseil d'Etat, Avis n°371.234, 19 avril 2005.

⁴¹ CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. p. 246 ; CE, 23 nov. 1983, req. n°30493, *Cne Mont-de-Marsan*.

service public »⁴² ou encore que la personne publique établit, « à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles »⁴³. Cette règle est générale à l'ensemble des contrats administratifs selon le Conseil d'Etat, qui a précisé qu' « il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire de mettre fin avant son terme à un contrat de concession. Mais elle ne peut ainsi rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général justifiant que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles »⁴⁴.

La résiliation pour motif d'intérêt général donne lieu à l'indemnisation du délégataire, le plus souvent prévue dans le contrat.

Dans l'hypothèse de contrat ne donnant pas de base de calcul de cette indemnité, la jurisprudence administrative pose le principe de la réparation intégrale du préjudice subi par le contractant du fait de la résiliation anticipée du contrat. Ainsi, le Conseil d'Etat considère qu' « en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat »⁴⁵. Cette réparation intégrale du préjudice subi implique que l'indemnité comprenne la compensation de la perte subie, ainsi que du manque à gagner⁴⁶.

Il convient de noter que le modèle de contrat de la circulaire de 1982 ne prévoit pas le cas de résiliation pour motif d'intérêt général mais vise le « rachat de la concession » qui, si l'on suit cette circulaire, ne peut être mis en œuvre par la collectivité qu'à compter de la 15^{ème} année révolue. Toutefois, le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général est un droit reconnu aux autorités délégantes même dans le silence du contrat, de telle sorte que ni la présence de cette clause de rachat, ni l'absence de clause de résiliation pour motif d'intérêt général ne nous semblent s'opposer à un éventuel exercice d'une résiliation pour motif d'intérêt général, y compris pendant les 15 premières années de la concession, sous réserve

⁴² CE, 23 mai 1962, Société financière d'exploitations industrielles.

⁴³ CE, 22 avril 1988, Société France 5.

⁴⁴ CE, 2 février 1987, Sté TV 6, Rec. CE p. 27.

⁴⁵ CE, 23 mai 1962, Min. fin. et aff. éco. Sté Financière d'exploitation industrielle.

⁴⁶ CE, 23 févr. 1906, Ville de Lyon : Rec. CE, p. 74.

bien sûr que l'intérêt général le justifie et d'une indemnisation du préjudice y compris le manque à gagner⁴⁷.

2.5. Aides d'Etat et incitations économiques et fiscales à la production et la distribution de chaleur à partir d'EnR&R

Plusieurs mesures ont été mises en place afin de soutenir la production et la distribution de chaleur à partir d'énergies renouvelables et de récupération (En&R).

Fonds chaleur

Le Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement Durable et de l'Aménagement du Territoire a annoncé, le 17 novembre 2008, 50 mesures pour un développement des énergies renouvelables à haute qualité environnementale, parmi lesquelles la mise en place d'un « *fonds chaleur renouvelable* »⁴⁸, destiné à encourager, par des aides publiques, le développement de la production et la distribution de chaleur d'origine renouvelable.

La Loi Grenelle 1 a posé le principe de ce fonds chaleur⁴⁹, dont la gestion a été confiée à l'ADEME, et qui est doté d'une enveloppe de 1,2 milliard d'euros pour la période 2009-2013⁵⁰.

Selon l'ADEME, « l'objectif du Fonds Chaleur est de permettre aux installations produisant de la chaleur à partir d'énergies renouvelables d'être économiquement compétitives par rapport aux installations utilisant une énergie conventionnelle »⁵¹.

Il existe deux procédures distinctes permettant de bénéficier du fonds chaleur :

— Une première procédure ne concerne que les installations industrielles, agricoles et tertiaires de production de chaleur à partir

⁴⁷ D'autre part, dans le modèle de contrat de la circulaire de 1982, la clause de rachat ne comporte pas de formule d'indemnisation, mais invite les collectivités délégantes à préciser le calcul de l'indemnisation de rachat. D'une manière générale, il existe une certaine confusion entre les clauses de rachat et de résiliation pour motif d'intérêt général, dont on saisit mal la différence. Ainsi, le principe applicable aux clauses de rachat est également l'indemnisation de l'entier préjudice y compris le manque à gagner (celui-ci pouvant toutefois être plafonné par le contrat).

⁴⁸ Dossier de presse, Grenelle Environnement : réussir la transition énergétique, p. 8.

⁴⁹ Article 19 § IV de la Loi Grenelle 1.

⁵⁰ DGEC, Fiche « *Le fonds chaleur* », novembre 2010.

⁵¹ ADEME, *Méthode calcul Fonds Chaleur 2010*, mise à jour 9 juillet 2010.

Extrait de l'étude sur les réseaux de chaleur en Ile-de-France / DRIEE-DRIEA de biomasse, dont la production énergétique est supérieure à 1 000 tep/an. Pour ces installations, l'ADEME lance chaque année, depuis 2009, un appel à projets « BCIAT » (Biomasse Chaleur Industrie, Agriculture, et Tertiaire) permettant la manifestation de candidatures pour des projets susceptibles de bénéficier d'aides au fonctionnement au titre du fonds chaleur. Ainsi, l'appel à projets BCIAT 2011 a été lancé le 9 septembre 2010, avec une date limite de réponse fixée au 1^{er} février 2011. Il est d'ores et déjà prévu que cet appel à projets sera reconduit en 2012.

— Une seconde procédure concerne (i) les installations biomasse ne relevant pas des appels à projets⁵², (ii) les autres filières d'EnR&R utilisées pour la production de chaleur (géothermie, solaire thermique, chaleurs fatales notamment issues des UIOM), (iii) ainsi que les réseaux de chaleur ou de froid alimentés à hauteur de 50% au moins par des EnR&R. Elle prend la forme d'aides à l'investissement versées aux maîtres d'ouvrages qui en font la demande auprès de la direction régionale de l'ADEME territorialement compétente. Ainsi, cette seconde procédure ne s'intègre pas dans des appels à projets ; il serait en effet pénalisant en temps et en coordination d'imposer, à la fois une procédure de DSP pour la création d'un nouveau réseau de chaleur, par exemple, et un appel à projets pour l'attribution du fonds chaleur au délégataire pressenti. Il était donc plus cohérent que la demande d'aides au titre du fonds chaleur soit le fait du maître d'ouvrage lui-même.

L'ADEME a précisé les modalités et les critères d'éligibilité au fonds chaleur⁵³ :

— **Seuil de 5%** : Quelle que soit la procédure mise en place, l'objectif est que le montant d'aide attribué au projet permette une décote de l'ordre de 5% du prix de la chaleur renouvelable par rapport à la chaleur produite par une énergie conventionnelle ;

— **Seuil de 50%** : l'aide au fonds chaleur aux réseaux est conditionnée dans le cas d'une création, au fait que le réseau soit alimenté au minimum par 50% d'EnR&R ; dans le cas d'une

⁵² *i.e.* les installations de production de chaleur à partir de biomasse hors secteurs industriel, agricole ou tertiaire, ou celles dont la production est inférieure ou égale à 1 000 tep/an.

⁵³ ADEME, *Méthode calcul Fonds Chaleur 2010*, mise à jour 9 juillet 2010.

Extrait de l'étude sur les réseaux de chaleur en Ile-de-France / DRIEE-DRIEA
extension, au fait que les besoins de chaleur de l'extension soient couverts au minimum à 50% par une production supplémentaire d'EnR&R ;

— **Principe de non cumul** : Les aides du fonds chaleur ne sont cumulables ni avec les CEE lorsque ceux-ci portent sur le même objet que l'aide du fonds chaleur, ni avec les projets domestiques, ni avec le crédit d'impôt ; en revanche, les entreprises ou réseaux de chaleur soumis au plan national d'allocation des quotas (PNAQ) sont éligibles aux aides du fonds chaleur ; enfin, le niveau d'aide proposé peut être atteint par le fonds chaleur seul ou en combinaison avec d'autres crédits (région, FEDER...), dans la limite des plafonds applicables au fonds chaleur ;

— **Comptage** : un système de comptage de la chaleur renouvelable doit être mis en place sur les installations aidées, le bénéficiaire de l'aide s'engageant à transmettre à l'ADEME ses données réelles de production de chaleur chaque année pendant 10 ans.

Classement des réseaux de chaleur ou de froid alimentés à plus de 50% par des EnR&R

La procédure de classement a été simplifiée afin de sécuriser et de favoriser l'équilibre financier des opérations de création, d'extension et de renouvellement de réseaux de chaleur « vertueux » : ainsi, désormais, le classement relève de la compétence des collectivités territoriales (et de leurs groupements), alors qu'auparavant, un arrêté préfectoral était requis.

La procédure de classement⁵⁴ est la suivante :

— Saisine pour avis de la Commission consultative des services publics locaux (CCSPL)⁵⁵ ;

⁵⁴ Initialement créée par la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, modifiée par la loi « Grenelle 2 » n°2010-788 du 12 juillet 2010. Ce formalisme est impératif ; ainsi, il a pu être jugé qu'une collectivité n'était pas fondée à prévoir, par une clause réglementaire d'une concession de réseau de chaleur, une obligation générale pour les promoteurs et constructeurs souhaitant réaliser un immeuble à l'intérieur de la concession de se raccorder au réseau, ni l'obligation pour toute personne qui déciderait d'acquérir lesdits immeubles de souscrire un abonnement pour une durée indéterminée auprès du concessionnaire, faute d'avoir mis en œuvre une procédure de classement (CAA Paris, req. n°07PA01173, 17 mars 2009, préc.).

⁵⁵ La CCSPL est régie notamment par les dispositions de l'article L. 1413-1 du CGCT. Il s'agit d'une commission se prononçant entre autres sur tous les projets de DSP, de régies et de contrats de partenariat.

— Délibération de la collectivité prononçant le classement, précisant sa durée, qui peut aller jusqu'à 30 ans maximum, ainsi que le (ou les) « périmètre(s) de développement prioritaire » du réseau.

Les projets de réseaux éligibles sont tout à la fois ceux visant à la création de nouveaux réseaux, mais également les investissements tendant à l'extension ou au renouvellement de réseaux préexistants⁵⁶.

Le classement ne peut être prononcé que si les trois conditions suivantes sont réunies :

- **Seuil de 50%** : le réseau, existant ou à créer, doit être alimenté à plus de 50% par une énergie renouvelable ou de récupération ;
- **Comptage par point de livraison** : un comptage des quantités d'énergie livrées par point de livraison doit être assuré ;
- **Equilibre financier** : l'équilibre financier de l'opération, pendant la période d'amortissement des installations, doit être assuré au vu des besoins à satisfaire, de la pérennité de la ressource en énergie renouvelable ou de récupération, et compte-tenu des conditions tarifaires prévisibles.

La procédure de classement a pour effet que toutes les installations de bâtiments, neufs ou faisant l'objet de travaux de rénovation importants, excédant un niveau de puissance de 30 kW, doivent obligatoirement être raccordées au réseau dès lors qu'elles sont situées dans un « périmètre de développement prioritaire » de ce réseau. Une dérogation à l'obligation de raccordement est néanmoins possible, par décision de la collectivité, le cas échéant après avis du délégataire, pour des installations ne pouvant être raccordées dans des conditions techniques ou économiques satisfaisantes ou dans le délai nécessaire pour assurer la satisfaction des besoins des usagers.

⁵⁶ Lorsque le classement porte sur un réseau existant, la collectivité est tenue de réaliser un audit énergétique afin de déterminer les possibilités d'amélioration de son efficacité énergétique.

Les « études de faisabilité » : obligation d'étude d'opportunité de création ou raccordement à un réseau renouvelable pour les actions et opérations d'aménagement soumises à étude d'impact

La loi Grenelle 1 a introduit l'obligation, pour les actions et opérations d'aménagement soumises à étude d'impact, de réaliser une étude de faisabilité visant à déterminer le potentiel de développement d'une zone en énergies renouvelables ainsi que l'opportunité de créer un réseau de chaleur ou de raccorder l'opération d'aménagement à un réseau existant⁵⁷.

Modulation des objectifs de performance énergétique des constructions nouvelles raccordées à des réseaux « vertueux »

La loi Grenelle 1 a posé le principe du renforcement de la réglementation thermique applicable aux constructions nouvelles afin de réduire les consommations d'énergie et les émissions de gaz à effet de serre (i.e. passage de la réglementation thermique 2005 à 2012).

Un seuil de consommation annuelle d'énergie primaire inférieure à 50 kWh/m² en moyenne est ainsi imposé à toutes les constructions faisant l'objet d'une demande de permis de construire à compter de la fin 2012, cette échéance étant anticipée à fin 2010 pour les bâtiments publics ou affectés au secteur tertiaire⁵⁸.

Afin d'inciter à la réalisation de réseaux vertueux, la loi a prévu une modulation de ce seuil à la hausse (pouvant aller jusqu'à +30%) pour les bâtiments raccordés à des réseaux « vertueux ».

Mesures visant à faciliter la prise de décision des copropriétaires

L'application de règles de vote à l'unanimité dans les copropriétés a constitué un frein au recours aux EnR&R et à la recherche de performance énergétique.

Ainsi, depuis la loi Grenelle 2, les décisions relatives à l'installation de compteurs d'énergie thermique ou de répartiteurs de frais de chauffage sont prises à la majorité des voix de tous les copropriétaires⁵⁹.

⁵⁷ Art. L. 128-4 du Code de l'urbanisme.

⁵⁸ Art. 4 de la loi n°2009-967 du 3 août 2009.

⁵⁹ Art. 25 §o) de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

Cet allègement procédural a également été prévu pour les décisions relatives à des travaux d'économies d'énergie⁶⁰. Sont notamment visées les décisions de raccordement à un réseau de chaleur, les décisions de réaliser des travaux aux fins d'améliorer le rendement thermique des installations, ou encore les décisions d'achat d'appareils permettant de réaliser une répartition des frais de chauffage en fonction des consommations individuelles dans les logements collectifs⁶¹.

⁶⁰ Art. 25 §g) de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

⁶¹ Décret n°87-764 du 15 septembre 1987 relatif aux travaux d'économie d'énergie portant sur l'isolation thermique du bâtiment, le renouvellement de l'air, le système de chauffage et la production d'eau chaude réalisés dans les immeubles bâtis relevant du statut de la copropriété.

3. GUIDE DES BONNES PRATIQUES JURIDIQUES

L'analyse de cet état des lieux ainsi que les textes et la jurisprudence en vigueur permettent de retenir, dans ce guide de bonnes pratiques, les points suivants :

- Les conditions de révision des contrats de réseau de chaleur lors de leur exécution (3.1),
- Les possibilités de révisions des puissances souscrites par les abonnés et les usagers en cours de délégation de service public (3.2),
- L'importance de la classification des biens de retour et de reprise tout au long de l'exécution des délégations de service public (3.3),
- La fixation du périmètre du contrat (3.4),
- L'information des abonnés et des usagers (3.5).

3.1. Les conditions de révision des contrats

de réseau de chaleur lors de leur exécution

Les délégations de service public sont des contrats de longue durée. A titre indicatif, la circulaire de 1982 prévoit une durée maximale de 24 ans pour les concessions et une durée maximale comprise entre 12 et 16 ans pour les contrats d'affermage.

Aux termes de l'article 40 de la loi Sapin du 29 janvier 1993, repris à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, ces conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. La durée maximale d'une délégation de service public est égale à la durée normale d'amortissement.

La notion de durée normale d'amortissement est avant tout économique et ne coïncide pas nécessairement avec la durée comptable d'amortissement. La diversité des modes de calcul ne permet d'en donner une définition précise. Elle peut notamment prendre en compte les charges d'exploitation et d'investissement, ou encore la prévision des tarifs payés par les usagers, et son point de départ correspond au commencement de l'exploitation du service délégué.



Cette limitation répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, et ainsi éviter éviter les "rentes de situation". Cependant, cet impératif d'ordre public n'a pas pour objet d'imposer une remise en concurrence à chaque modification des rapports contractuels.

Le droit applicable aux modifications des relations contractuelles nécessite une approche au cas par cas. Il est malgré tout possible, en l'état actuel du droit, de résumer la possibilité de modification des relations délégant-déléataire en trois points:

- le régime général des avenants (3.1.1)
- le régime spécifique des avenants de prolongation (3.1.2)
- la modification unilatérale par le délégant (3.1.3)

3.1.1. Le régime général des avenants

En premier lieu, un avenant ne peut modifier l'objet d'une délégation. Il est admis sans difficulté qu'un avenant portant sur des travaux d'amélioration de l'ouvrage concédé ne modifie pas l'objet d'une délégation de service public, et peut donc être conclu sans publicité et mise en concurrence.

Peuvent également être conclus sans publicité et mise en concurrence les avenants qui ont pour objet la réalisation d'investissement supplémentaires non prévus au contrat initial lorsque ces investissements constituent un accessoire de l'ouvrage initial, cet aspect accessoire résultant notamment de leur dimension et de leur coût limités en comparaison avec ceux de l'ouvrage principal, et de leur absence d'autonomie propre.

Cela peut notamment être le cas lorsque ces investissements accessoires constituent une extension limitée de l'ouvrage existant ou prennent place entre les extrémités dudit ouvrage sans pouvoir être regardés comme dissociables de ce dernier, et permettent d'en assurer une exploitation rationnelle et continue.

A ce titre, le Conseil d'Etat vient récemment de préciser que des investissements supplémentaires non prévus au contrat initial présentent un lien direct avec le fonctionnement de l'ouvrage concédé lorsque ces investissements permettent d'intervenir en urgence, d'assurer la continuité



du service public et qu'ils sont réalisés aux abords immédiats de l'ouvrage concédé.

En deuxième lieu, un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation de service public, tels que le prix demandé aux usagers, la nature des prestations ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire. La durée d'une délégation de service public constitue également un élément essentiel d'un tel contrat, élément qui sera analysé dans la partie dédiée à la prolongation des DSP.

Dans le cas d'une telle modification, le nouveau contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures préalables de publicité et de mise en concurrence.

En troisième lieu, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations.

En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement.

Enfin, il est important de remarquer que les modèles de contrats issus de la circulaire de 1982 comporte une clause relative à la cession de contrat, selon laquelle « toute cession ouvre droit à une renégociation du présent contrat ».

Cette disposition surprenante doit être déconseillée : en effet, il n'y a pas de raison de renégocier s'il s'agit d'une cession (au sens où l'entend la jurisprudence, c'est-à-dire la reprise pure et simple des obligations du cédant par le nouveau titulaire du contrat). A l'inverse, il y aurait lieu de « renégocier » si la cession s'accompagnait de modifications substantielles d'éléments essentiels du contrat. Mais dans ce cas alors, il ne s'agirait pas de renégocier, mais de résilier et remettre en concurrence la DSP, car il s'agirait d'un cas de cession de contrat irrégulier.



3.1.2. Le régime spécifique des avenants de prolongation

Contrairement à la modification de l'objet du contrat, la prolongation des délégations de service public bénéficie d'un régime propre, plus souple que celui qui régit les marchés publics.

En effet, contrairement aux dispositions du code des marchés publics, il n'y a pas lieu, pour les délégations de service public, de rechercher si, d'un point de vue économique, l'avenant caractérise un bouleversement du contrat.

La dissociation du régime des délégations de service public par rapport à celui des marchés publics permet à ces contrats conclus sur une longue durée, et donc soumis à de nombreuses variables le plus souvent imprévues au moment de la signature de la convention, de prendre en compte, notamment, les exigences nouvelles en matière de sécurité et d'environnement.

A ce titre, les délégations de service public comprennent généralement une clause de rencontre, clause par laquelle les parties s'obligent à se rencontrer soit à l'échéance d'un terme (généralement tous les cinq ans), soit en cas de survenance d'un événement. Il peut s'agir, par exemple :

- de la variation du prix unitaire au-delà de 50%,
- de la modification substantielle des ouvrages de la délégation,
- de la modification du périmètre ou du changement des sources d'énergie entraînant un éventuel bouleversement de l'équilibre économique du contrat,
- du classement du réseau non prévu par le contrat,
- de la variation importante des quantités d'énergie calorifique importés ou exportés,
- des modifications de la réglementation.

Dans tous les cas, cette clause de rencontre ne doit pas neutraliser la prise de risque du délégataire en prévoyant des cas de révision du contrat systématique, sous peine d'une requalification de la délégation de service public en marché public.

Pour le dire autrement, cette notion de modification substantielle des éléments essentiels de la délégation a ainsi l'avantage de permettre une



déconnexion avec la notion de bouleversement de l'économie du contrat telle qu'interprétée par la jurisprudence.

Cet assouplissement des règles applicables aux avenants aux délégations, rendu nécessaires pour prendre en compte les réalités économiques et techniques auxquelles sont soumis ces contrats de longue durée, semble conforme au droit communautaire.

Mais malgré cet assouplissement, le droit des avenants ne permettait pas de prolonger la durée des DSP en fonction des évolutions liées à l'utilisation d'énergie renouvelables. A ce titre, la jurisprudence a pu considérer que la réalisation d'une usine de cogénération, ou encore la substitution de la filière de l'incinération des déchets à celle du charbon ne permettaient pas de justifier la prolongation d'une DSP.

Pour pallier cette difficulté et ainsi permettre aux personnes publiques d'atteindre les objectifs fixés par la loi Grenelle 1, l'article 85 I de la loi Grenelle 2 a expressément introduit dans la liste des investissements pouvant justifier la prolongation d'une délégation de service public, les investissements relatifs à l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, sous réserve que la durée de la convention restant à courir avant son terme soit supérieur à trois ans.

Plus précisément l'article 85 I de la loi Grenelle 2, inséré au b de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, dispose que :

"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. 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 son terme 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".

Cet assouplissement du droit des avenants spécifiques aux réseaux de chaleur a donc vocation à permettre aux collectivités et à leurs partenaires d'atteindre les objectifs très ambitieux de réduction de consommation d'énergie dans les bâtiments et de développement des énergies renouvelables fixés par le Grenelle de l'Environnement (biomasse, géothermie, cogénération, biogaz, énergies de récupération).

Schématiquement, selon les termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, tel que modifié par l'article 85-I de la loi du 12 juillet 2010, une délégation de service public ne peut être prolongée que dans deux cas.

Le premier cas ne pose pas de difficulté. Elle consiste, en présence d'un motif d'intérêt général, à repousser le terme du contrat d'une année. Cette possibilité permet généralement de laisser au pouvoir adjudicateur le temps nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

Le second cas prévoit la possibilité de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial et qui ne pourraient être amortis pendant le temps restant à la convention sans augmentation de prix manifestement excessive. Cette prolongation de la délégation pour une durée supérieure à un an n'est possible que si trois conditions cumulatives sont remplies :

- Les investissements doivent être demandés par le délégant.
- Ces investissements doivent non seulement être motivés (termes de l'article L. 1411-2 du CGCT) mais également indispensables (termes de l'arrêt SOCCRAM en date du 29 décembre 2004) à l'un des quatre cas suivants:
 - o La bonne exécution du service public. N'est pas indispensable au bon fonctionnement de chauffage urbain la réalisation d'une usine de cogénération, ou encore la substitution de la filière de l'incinération des déchets à celle du charbon. Ces investissements ne doivent pas être seulement guidés par la volonté d'une modernisation des équipements du service public. Pour le dire autrement, ces



investissements sont sans doute opportuns, mais ils ne sont pas indispensables.

- o L'extension du champ géographique de la délégation. Ces investissements ne peuvent relever de la simple opportunité.
 - o L'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans (alinéa issu de l'article 85-I de la loi du 12 juillet 2010).
 - o 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 (alinéa issu de l'article 85-I de la loi du 12 juillet 2010).
- Il doit s'agir d'investissements de nature à modifier l'économie générale de la délégation, entendue comme une remise en cause significative du bénéfice global que le délégataire pouvait normalement attendre.

En conséquence, depuis la loi Grenelle 2, un avenant qui modifie la durée d'une délégation de service public et dont l'objectif est de favoriser le développement de l'énergie renouvelable n'est plus illégal dans la mesure où il a vocation à favoriser l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergie renouvelables ou de récupération, à condition, rappelons-le, que la durée de la délégation restant à courir soit supérieur à trois ans.

Les modifications apportées à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales permettent donc de substituer le fondement de bonne exécution du service public par celui de développement de l'énergie renouvelable afin d'augmenter la durée des délégations de service public de distribution d'énergie calorifique dans le but de permettre aux collectivités territoriales et à leurs partenaires d'atteindre les objectifs très ambitieux de production et de distribution de chaleur à partir d'énergies renouvelables et de récupération (EnR&R) fixés par le Grenelle de l'Environnement.

3.1.3. La modification unilatérale par le délégant

En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats.

En cours de contrats des modifications unilatérales peuvent être apportées à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation (y compris aux



clauses financières relatives à la gestion du service public, et en particulier à une modification des clauses tarifaires)

Plus précisément, le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt en date du 27 octobre 2010, que le cocontractant de l'administration est tenu d'exécuter la convention dont les modalités de billetterie ont été unilatéralement modifiées par la personne publique dans la mesure où ces modifications n'entraînent pas un bouleversement de l'économie du contrat.

Le pouvoir de modification du contrat par la personne publique n'est toutefois pas sans comporter certaines limites. En effet, l'encadrement rigoureux des avenants par le droit de la commande publique implique qu'une décision unilatérale ne puisse avoir une portée supérieure à celle que pourrait avoir un avenant.

Il ressort de l'arrêt en date du 27 octobre 2010 précité que, d'une part, ce pouvoir ne peut conduire à un bouleversement de l'économie du contrat ; et que d'autre part, en contrepartie de l'obligation qu'a le cocontractant de respecter les obligations contractuelles ainsi modifiées, celui-ci a droit, de son côté, à une indemnisation de l'intégralité de l'accroissement de charges auquel conduit la modification du contrat.

En effet, dans tous les cas de figure, la modification unilatérale du contrat ouvre droit, le cas échéant, à indemnisation au bénéfice du cocontractant. Le fondement de ce droit à indemnité se trouve dans le principe de l'équilibre financier du contrat, c'est-à-dire dans l'équivalence honnête entre charges et avantages que le cocontractant a pris en considération comme un calcul, au moment de la conclusion du contrat, et qui l'ont déterminé à traiter.

Mais si le cocontractant de l'administration refuse de continuer à exécuter le contrat, il commet alors une faute de nature à justifier une rupture des relations contractuelles.

3.2. Les possibilités de révisions des puissances souscrites

par les abonnés et les usagers en cours de délégation de service public (Décret n°2011-1984 du 28 décembre 2011)

La tarification des réseaux de chaleur comprend deux composantes :



- un terme variable proportionnel à la consommation d'énergie de l'abonné, représentatif du coût de l'énergie consommée par l'utilisateur ;
- un terme fixe proportionnel à la puissance souscrite, représentatif notamment des charges fixes d'exploitation du réseau.

Cette tarification incite les abonnés à réaliser des économies d'énergie, en modérant leur consommation, ce qui a pour effet de réduire le terme variable. Or, dans le cas des réseaux de chaleur, le terme fixe représente souvent une part importante de la facture totale, de sorte que l'abonné qui réalise des travaux d'amélioration de la performance énergétique de son bâtiment n'en tire qu'un gain limité.

Afin de pallier cet inconvénient, l'article 87 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement nationale pour l'environnement, dite "Grenelle 2", a prévu que, lorsque des travaux de rénovation des bâtiments raccordés aux réseaux de chaleur sont réalisés, un réajustement de la puissance souscrite peut être obtenu auprès de l'exploitant.

Le décret d'application en date du 28 décembre 2011 qui est entré en vigueur le 1er janvier 2012, précise :

- la nature des travaux concernés ;
- la procédure à suivre pour obtenir un réajustement ;
- le seuil de puissance à partir duquel le réajustement est accordé.

3.2.1. La nature des travaux concernés

Le souscripteur d'un contrat de fourniture de chaleur distribuée par réseau peut demander à l'exploitant du réseau concerné un réajustement de la puissance souscrite dans le cas où ont été achevés, pendant la durée du contrat, des travaux portant sur :

- La réhabilitation énergétique des bâtiments, ou ;
- La rénovation des installations secondaires du réseau, y compris leurs sous-stations, qui sont liées à ces bâtiments.



3.2.2. La procédure à suivre pour obtenir un réajustement

Le souscripteur justifie sa demande de réajustement de la puissance souscrite par une étude réalisée par un tiers ou à partir des données délivrées par un enregistreur de puissances. En cas de recours à une étude, celle-ci est réalisée selon la norme NF EN 12831. Lorsque l'abonnement concerne le chauffage et la production d'eau chaude sanitaire, la puissance des installations est définie en utilisant des ratios fixés par arrêté du ministre chargé de l'énergie.

L'exploitant du réseau de distribution d'énergie thermique statue sur le réajustement dans un délai de trois mois suivant la présentation de la demande.

Le souscripteur qui a obtenu un réajustement de la puissance souscrite peut présenter une nouvelle demande, au titre du même contrat, le cas échéant après de nouveaux travaux, à compter de l'expiration d'un délai de deux ans suivant le dernier réajustement.

3.2.3. Le seuil de puissance à partir duquel le réajustement est accordé

Il est procédé au réajustement de la puissance souscrite dans le cas où la nouvelle puissance nécessaire au bâtiment réhabilité est inférieure de 20 % à la puissance souscrite dans le contrat d'abonnement, le cas échéant après un réajustement.

Le contrat est modifié pour tenir compte de la nouvelle puissance nécessaire :

- Soit directement, dans le cas où la puissance souscrite est stipulée en watts ;
- Soit selon des modalités de conversion fixées par arrêté du ministre chargé de l'énergie, dans les autres cas, notamment dans le cas où la puissance souscrite est stipulée en unités de répartition forfaitaire ou en mètres carrés chauffés.



3.3. L'importance de la classification des biens de retour et de reprise

tout au long de l'exécution des délégations de service public

3.3.1. Les critères de la distinction biens de retour et biens de reprise

Les biens nécessaires au fonctionnement du service public entrent dans la catégorie des biens de retour. Ils sont considérés comme appartenant ab initio à l'administration délégante parce que devant obligatoirement et gratuitement lui revenir à l'expiration de la convention. Une clause contraire serait nulle et de nul effet.

Pour reprendre les termes de l'avis du Conseil d'Etat en date du 19 avril 2005, inspiré par l'arrêt Sagifa en date du 21 avril 1997, l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés sur des propriétés publiques, appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. La section des travaux publics du Conseil d'Etat a également précisé que, sous réserve de dispositions législatives contraires, "les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation".

A l'inverse, les biens de reprise, qui ne sont pas nécessaires mais simplement utiles à l'exploitation du service public, restent la propriété du délégataire pendant toute la durée du contrat et n'entrent dans la propriété de la personne publique que si cette dernière en décide le rachat - gratuitement ou contre indemnité - au terme de la convention.

Pour le dire autrement, la première catégorie de biens est affectée d'une clause de retour obligatoire au concédant, alors que la deuxième catégorie concerne les biens affectés d'une clause de reprise facultative du concédant.

Une partie de la doctrine critique la position adoptée par le Conseil d'Etat, et soutient que sous réserve qu'aucune clause contractuelle n'empêche, en fin de contrat, l'administration délégante de reprendre les biens nécessaires à la continuité du service public, aucune règle ni aucun principe n'empêcherait les parties contractantes à une délégation de service public de ranger tous les biens affectés au service public dans la catégorie des biens dits de «



reprise » (c'est-à-dire ceux qui sont la propriété du délégataire pendant la durée de la convention), et cela pour deux raisons.

D'une part, cela n'obérerait en rien la continuité du service public soit en cours d'exécution du contrat soit à son terme, puisque l'administration a toujours la faculté de se voir remettre les biens nécessaires à cette continuité et, d'autre part, la reprise serait quasiment gratuite si elle s'opère en fin de contrat (les biens auront été amortis) et onéreuse en cas de fin anticipée (mais la solution est la même pour les biens de retour).

Quoiqu'il en soit, l'avis en date du 19 avril 2005 n'a pas, à notre connaissance, été contredit par la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux contrats issus du droit de la commande public. Au contraire, des sous-sections fiscales du Conseil d'Etat ont réaffirmé, par un arrêt en date du 23 juillet 2010, les solutions dégagées par l'arrêt Sagifa en date du 21 avril 1997 et l'avis en date du 19 avril 2005 précités. Cette position du Conseil d'Etat s'explique par la volonté de protéger la personne publique et éviter, en fin de contrat, qu'elle rachète un bien dont elle est déjà propriétaire. Pour reprendre l'expression du conseiller d'Etat Rémy Schwartz, la personne publique ne peut pas s'exproprier elle-même.

Enfin, s'agissant des biens en relation avec le service public, il existe une troisième catégorie résiduelle : celle des biens propres. Ce sont les biens qui ne sont ni nécessaires, ni utiles au service délégué. Ils sont la propriété du délégataire et servent au bon accomplissement de la mission qui lui est confiée. Rien ne s'oppose à ce que les parties à la délégation de service public s'accordent sur le rachat par le délégant à leur valeur vénale.

3.3.2. Les modalités induites par la distinction

Pour limiter au maximum les risques de conflits quant à la répartition des biens en fin de délégation, qu'elle soit anticipée ou non, il revient aux parties au contrat d'élaborer, contradictoirement, dès le début de la convention, un inventaire des biens affectés au service délégué, et de l'annexer au contrat.

Cet inventaire des biens doit être exhaustif et mis à jour tout au long de la vie du contrat. Ce n'est que dans ces conditions qu'il permettra de clairement identifier les différentes catégories de biens. Cela permet ainsi d'évaluer le



patrimoine devant être transféré, et de déterminer les indemnités que seront susceptibles d'être verser par le délégant au délégataire.

Pour cela, il est indispensable que l'inventaire élaboré en début de convention, puis les rapports annuels du délégataire en cours de contrat soient précis quant :

- à la nature des installations déléguées, leur identification physique,
- à leurs valeurs brutes et nettes comptables (état des biens et cycle de vie),
- à leurs modalités de financement et leur variation,
- au suivi du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service délégué (Joindre également le compte GER - gros entretien renouvellement - dont l'éventuel solde positif, faute de stipulations contractuelles permettant d'établir l'intention des parties, ne peut que revenir à la personne publique en fin de convention. Concernant ce compte, AMORCE propose un système d'association de la collectivité délégante à la gestion du compte GER, selon lequel en fin de DSP, le solde de ce compte peut être partagé entre les parties conformément aux conclusions d'un audit de fin de contrat réalisé par le délégataire et approuvé par la collectivité. Il est également conseillé de réaliser, tous les 5 ans, un diagnostic technique et financier afin de s'assurer que le délégataire est en mesure de supporter les éventuels problèmes que pourrait rencontrer le réseau de chaleur.),
- aux dotations aux amortissements et provisions effectuées,
- aux charges induites par de nouveaux investissements, susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en modifier l'objet ni affecter substantiellement un de ses éléments essentiels, et pour lesquels une modification de la durée n'est pas envisagée (il est important d'inclure ces investissements intervenus en cours de contrat dans la mesure où ils peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation).
- aux tarifs qui doivent être établis sur la base d'un détail précis des recettes et des dépenses du service qui doit figurer tant dans



le compte d'exploitation prévisionnel que dans les rapports annuels, et précisant notamment les recettes et dépenses suivantes :

- o impact des aides à l'investissement dont bénéficie le délégataire
 - o recettes liées aux activités annexes
 - o répercussion des produits de l'activité (recettes de vente d'électricité, certificats d'économies d'énergie, de quotas de CO2...)
 - o coût des énergies utilisées (par catégorie d'énergies)
 - o coût des opérations de conduite, de petit et gros entretien
 - o coût de renouvellement des installations
- aux charges financières liées aux dépenses afférentes aux investissements réalisés.
- à la soulte relative aux biens non amortis financés par le délégataire en fin de concession (l'indemnisation doit couvrir le montant non amorti selon un plan d'amortissement validé par la collectivité lors de la décision de réalisation des installations concernées et les parties arrêtent le montant définitif de cette indemnité et ses modalités de paiement 2 ans avant l'expiration du contrat.
- à la gestion et la valorisation des quotas d'émission de gaz à effet de serre. A ce titre le délégataire:

- o met à jour en permanence le compte de suivi des quotas d'émission de GES détaillant les allocations de quotas, les émissions déclarées et validées des installations, les éventuels achats de quotas, les frais de gestion, les éventuelles recettes de vente de quotas excédentaires.
- o affecte les recettes correspondantes à des travaux d'optimisations énergétiques ou environnementales décidées en accord avec la collectivité.
- o est rémunéré de ses frais de gestion, voire par un mécanisme d'intéressement.
- o transfère à la collectivité ou au nouvel exploitant, en fin de contrat et sans contrepartie financière les quotas.

Au dessus de 10.000 équivalents-logements, il est également recommandé de créer une "société dédiée", également dénommée "société ad hoc" afin de permettre un contrôle ciblé des comptes de la délégation. Cette société vient se substituer au délégataire et elle a pour objet exclusif de gérer le service délégué. Pour cela, le contrat doit mentionner que le délégant devra transmettre à la collectivité les conventions conclues entre la société mère et la société dédiée délégataire.



Dans tous les cas l'inventaire et les rapports annuels, voire les rapports provisoires en milieu d'année si le contrat les prévoit, comportent les informations qui permettent à la collectivité de s'assurer de la bonne exécution du contrat. Ces rapports doivent être complétés par des comptes-rendus financiers et techniques. A ce titre, les autorités délégantes doivent être attentives aux informations demandées, informations qui doivent retranscrire la réalité de l'activité du délégataire.

Les formules génériques relatives à l'état normal des biens compte tenu de leur usage et de leur destination sont vivement déconseillées. Il est par contre recommandé de prévoir des sanctions en cas de non mise à jour de l'inventaire par le délégataire.

L'inventaire ainsi établi et actualisé permet aux parties à la délégation de service public d'être informées de l'évolution des biens du début jusqu'au terme du contrat, et de réduire les risques de conflits inhérents à la fixation d'éventuelles indemnités, que le contrat arrive ou non à terme.

Dans le cas où le contrat arrive à son terme normal les biens de retour reviennent gratuitement au délégant dans la mesure où, rappelons-le, le délégataire a dû calculer la durée de la délégation par rapport à la durée de l'amortissement de ses investissements. Si ce n'est pas le cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.

Dans le cas où le droit des avenants est respecté, les investissements intervenus en cours de contrat et pour lesquels la durée de la délégation n'a pas été modifiée donnent lieu à une indemnisation du coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.

Dans le cas d'une fin anticipée du contrat, le délégataire est indemnisé de la valeur non amortie des investissements réalisés, de la valeur résiduelle du bien ainsi que du manque à gagner.

Au titre d'une fin anticipée du contrat, les modèles de contrats issus de la circulaire de 1982 relative à la distribution d'énergie calorifique ne prévoient



pas la possibilité d'une résiliation pour motif d'intérêt général. Or, en vertu de règles générales applicables aux contrats administratifs, tout contrat administratif peut être résilié pour motif d'intérêt général quels qu'en soient les termes (pouvoir existant même sans clauses spécifiques).

Le motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat peut consister en une réorganisation du service public dont la personne publique a la charge, c'est-à-dire des « modifications dans les besoins et le fonctionnement du service public » ou encore que la personne publique établisse, « à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

Sur la base de la jurisprudence intervenue en matière de résiliation pour motif d'intérêt général sans clause contractuelle prévoyant l'indemnisation due au titulaire, la collectivité devra verser au concessionnaire une indemnisation correspondant à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée, calculée comme il suit :

- Pertes subies correspondant à la valeur non amortie des installations financées (ainsi qu'à d'autres pertes, le cas échéant)
- Manque à gagner entre la date de la résiliation anticipée et le terme normal de la DSP au titre de l'exploitation du réseau concédé.

Dans tous les cas, rien n'empêche les parties de déterminer les modalités d'indemnisation sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le délégataire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé. Les parties au contrat peuvent donc moduler les indemnités de résiliation. Ces dernières ne doivent pas être manifestement excessives, mais elles peuvent être, au détriment d'une personne privée, d'un montant inférieur au montant du préjudice subi. Dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'Etat en date du 4 mai 2011, les collectivités territoriales ont donc tout intérêt à plafonner l'indemnisation du manque à gagner à un certain nombre d'années d'exploitation.



3.3.3. La fixation du périmètre des contrats de réseau de chaleur

Le périmètre des délégations de service public de production et de distribution de chaleur doit être fixé au cas par cas, en fonction des spécificités locales. Toutefois, afin de développer les réseaux de chaleur, il est recommandé d'opter, dans un premier temps, pour un périmètre communal, puis, dans un second temps, d'opter pour un périmètre intercommunal.

Dans le cadre de ce périmètre, la collectivité doit s'engager à ne pas concurrencer le délégataire. Pour cela, le contrat doit prévoir l'exclusivité de la production et de la distribution de chaleur au profit du délégataire. Cette exclusivité concerne l'objet du contrat et non les différentes sources d'énergie.

Dans tous les cas, la problématique des réseaux de chaleur doit être intégrée en amont du contrat, ce qui nécessite de prendre en compte la création et l'organisation du réseau dès l'aménagement du territoire.

A ce titre, l'article 8 de la loi Grenelle 1, codifié à l'article L. 128-4 du code de l'urbanisme dispose que toutes les actions ou les opérations d'aménagement qui font l'objet d'une étude d'impact doivent "faire l'objet d'une étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables de la zone, en particulier sur l'opportunité de la création ou du raccordement à un réseau de chaleur ou de froid ayant recours aux énergies renouvelables et de récupération".

3.3.4. L'information des abonnés et des usagers

Le contrat de production et de distribution de chaleur doit prévoir d'annexer à chaque contrat d'abonnement le règlement du service. Cette préconisation s'inspire directement d'un domaine voisin au réseau de chaleur, celui de la distribution d'eau. En effet, la recommandation n°5-01 de la commission des clauses abusives concernant les contrats de distribution publique d'eau indique, dans son troisième considérant, "que, dans de nombreuses communes, les droits et obligations des usagers du service des eaux ne sont pas consignés par écrit ; que l'ignorance dans laquelle se trouve ainsi l'abonné lui est préjudiciable ; qu'il convient ainsi qu'un document intitulé



règlement du service d'eau soit établi pour chaque commune et remis aux usagers".

Par ailleurs, le contrat doit organiser un service auprès des usagers comprenant notamment :

- un accueil téléphonique 24h/24,
- une information périodique,
- une gestion et un suivi des réclamations
- une brochure explicative didactique de la tarification et de la facturation avec notamment :
 - indiquer le taux de TVA réduit à 5,5% pour la facturation de la part forfaitaire R2 quel que ce soit le type de combustible alimentant le réseau de chaleur,
 - indiquer le taux de TVA réduit à 5,5% pour la facturation de la part variable R1 dans le cas où la chaleur a été produite grâce à un minimum de 50% de la biomasse, de la géothermie, des déchets et/ou de l'énergie de récupération (en précisant la nature et la quantité de chaque énergie utilisée),
 - indiquer le taux de TVA réduit à 19,6% pour la facturation de la part variable R1 dans le cas où la chaleur n'a pas été produite grâce à un minimum de 50% de la biomasse, de la géothermie, des déchets et/ou de l'énergie de récupération(en précisant la nature et la quantité de chaque énergie utilisée),
 - indiquer le coût des quotas carbone,
 - indiquer l'énergie utilisée en cas d'augmentation de la production de chaleur
 - dans le cas de subvention provenant du fonds de chaleur (réseau alimenté à hauteur de 50% au moins des EnR&R), de la Région ou du FEDER, qui prennent la forme d'aides à l'investissement versées au maître d'ouvrage, préciser leur affectation (extension du réseau, amélioration du service, baisse des tarifs).

Enfin, prévoir un rapport annuel à chacun des abonnés synthétisant pour l'ensemble des sous-stations de l'abonné :

- le suivi des données contractuelles de la police d'abonnement,



- le suivi des consommations par rapport aux années précédentes,
- l'évolution tarifaire et l'évolution de la facturation,
- le suivi et le traitement des demandes d'intervention de l'année écoulée,
- l'évolution du coût des énergies primaires et du mix énergétique.

3.4. Conclusion sur les bonnes pratiques juridiques

Les contrats de production et de distribution de chaleur sont, en très grande majorité, des délégations de service public. Ces dernières doivent être limitées dans leur durée et la modification des relations entre le délégant et son délégataire ne peut, sauf à mettre en œuvre une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation (prix, durée, objet...).

Lors de l'exécution de ces contrats de longue durée, le délégant doit principalement veiller à ce que son délégataire, d'une part, actualise régulièrement l'inventaire des biens en relation avec le service public, d'autre part, réajuste la puissance souscrite par les abonnés lorsque des travaux de rénovation ont été réalisés, et, enfin, transmette aux abonnés et aux usagers une information claire et précise sur leurs droits et obligations.

ANNEXES : Circulaire de 1982

Principales dispositions des modèles de contrats issus de la Circulaire de 1982

Les modèles de contrats issus de la Circulaire de 1982 sont décomposés en un peu moins d'une centaine d'articles répartis une dizaine de chapitres (9 chapitres pour la concession / 10 pour l'affermage).

Leurs principales dispositions sont les suivantes (pour plus de détail sur les modèles de contrat issus de la Circulaire de 1982, cf. annexe – Fiche Concessions / Circulaire de 1982 et annexe 3 – Fiche Affermages / Circulaire de 1982) :

1. ECONOMIE GÉNÉRALE ET DURÉE DU CONTRAT

Les dispositions des modèles de contrats figurant au chapitre 1er (Economie générale et durée du contrat) sont essentiellement relatives à (i) l'objet du contrat, (ii) sa durée, (iii) le partage des risques et responsabilités entre collectivité et délégataire et (iv) la rémunération du service.

Elles sont sensiblement différentes selon s'il s'agit d'une concession ou d'un affermage :

	Concession	Affermage
Objet (i.e. mission dévolue au délégataire)	- Etablissement, entretien, maintenance et renouvellement, à ses frais et risques, de l'ensemble des ouvrages nécessaires au service - Exploitation à ses risques et périls	- Entretien des ouvrages nécessaires au service (mis à disposition par la collectivité), et éventuels autres travaux confiés au fermier (facultatif) - Exploitation à ses risques et périls
Durée	24 ans	Maximum de 12 ou 16 ans (selon s'il s'agit d'un affermage établi ou en cours d'extension)
Partage des risques et responsabilités	La responsabilité des dommages imputables à l'existence et au fonctionnement de l'ouvrage incombe au concessionnaire.	La responsabilité des dommages imputables au fonctionnement de l'ouvrage incombe au fermier. A l'inverse, la responsabilité des dommages imputables à leur

		existence, nature et dimensionnement, incombe la collectivité.
Rémunération du service par les usagers	<ul style="list-style-type: none"> - Prix rémunérant les charges d'investissement et d'exploitation supportées par le concessionnaire - Paiement d'une redevance au titre des frais de contrôle supportés par la collectivité (reversée par le concessionnaire à la collectivité⁶²) 	<ul style="list-style-type: none"> - Prix rémunérant les charges supportées par le fermier (coûts d'exploitation et coûts liés à des travaux, notamment d'entretien) - Paiement d'une surtaxe destinée à rémunérer les investissements financés par la collectivité (reversée par le concessionnaire à la collectivité)

2. OBJET ET ÉTENDUE DU CONTRAT

Les dispositions des modèles de contrats figurant au chapitre 2 (Objet et étendue de la concession / de l'affermage) sont assez similaires qu'il s'agisse d'une concession ou d'un affermage. Elles visent à préciser :

- le périmètre délégué : plan annexé au contrat ou périmètre correspondant à celui de la collectivité délégante
- la clause d'exclusivité dont bénéficie le délégataire
- l'éventuelle mesure de classement de réseau
- les conditions dans lesquelles le délégataire est tenu de réaliser, à la demande de la collectivité ou de propriétaires, des extensions particulières du réseau
- les conditions d'importation et d'exportation de l'énergie
- le mix énergétique et les conditions de sa modification.

3. TRAVAUX

Naturellement, cette partie diffère selon s'il s'agit d'une concession ou d'un affermage.

En effet, alors qu'en affermage, les ouvrages sont mis à disposition du fermier par la collectivité lors de l'entrée en vigueur conclusion du contrat, en

⁶² Ces frais de contrôle doivent avoir un lien direct avec l'objet de la délégation de service public et doivent être proportionnés par rapport aux coûts des opérations de contrôle (CE, 18 juillet 1930, Compagnie PLM de l'Est, du Nord, RDP 1931 p.141 ; CE 10 février 1995, Chambre syndicale des transporteurs aériens, Rec. p. 69 ; CE, 30 octobre 1996, Mme Wajs et M Monnier, RFDA 1997 p. 726).

concession, leur établissement est confié (en plus de leur exploitation) au concessionnaire.

	Concession	Affermage
Travaux à la charge du délégataire	<ul style="list-style-type: none"> - Travaux de premier établissement - Travaux d'entretien - Remplacement à l'identique des ouvrages dont le renouvellement est nécessaire - Compteurs : soit fournis, soit loués par le concessionnaire - Modification des ouvrages placés sous la voie publique provoqués par le concessionnaire 	<ul style="list-style-type: none"> - Travaux d'entretien (petit et gros entretien) - Renouvellement de certains ouvrages (matériels thermiques, mécaniques, électriques et compteurs et travaux de génie civil directement liés) - Compteurs : soit fournis, soit loués par le fermier
Travaux à la charge du délégataire donnant droit à révision des tarifs	<ul style="list-style-type: none"> - Modernisation des matériels (révision de la rémunération si modification sensible des conditions d'exploitation) - Travaux de mise en conformité des ouvrages avec des règlements techniques et administratifs 	<ul style="list-style-type: none"> - Modernisation des matériels lorsqu'elle n'est pas confiée directement par la collectivité dans le cadre de marchés publics conclus avec des tiers
Travaux à la charge de la collectivité	<p><i>Aucun. La collectivité joue uniquement un rôle de contrôle dont la principale illustration s'opère en phase de réception (PV de réception réalisé par le concessionnaire et comportant les éventuelles réserves formulées par la collectivité, qui peut exiger le maintien du cautionnement « travaux » (art. 80) jusqu'à la levée des réserves).</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Travaux de premier établissement - Renouvellement de certains ouvrages (bâtiment et génie civil de socle de chaudière) - Modification des ouvrages placés sous la voie publique
Travaux à la charge des abonnés	<ul style="list-style-type: none"> - Génie civil des postes de livraison et ouvrages situés en aval du branchement 	<ul style="list-style-type: none"> - Génie civil des postes de livraison et ouvrages situés en aval du branchement

4. EXPLOITATION

Le contenu de ce chapitre est similaire en concession et en affermage. En effet, ces deux types de contrats ont pour dénominateur commun de confier au titulaire l'exploitation du service public à ses risques et périls (puisqu'il s'agit de DSP).

Les clauses de ce chapitre visent à apporter un cadre juridique aux items suivants :

- Principes généraux d'exploitation : aux risques et périls du délégataire (le rôle de la collectivité étant de contrôler l'exploitation) ; application des principes d'égalité des usagers et de continuité du service public ; limitation de la consommation d'énergie et des coûts tout en assurant la meilleure qualité de service
- Relation délégataire / usagers :
 - o Une police d'abonnement est signée par l'utilisateur, conformément à la DSP et à un règlement de service (communiqué à l'utilisateur)
 - o L'abonné dispose d'un accès à la DSP sur simple demande de sa part (clause obligatoire du règlement de service)
 - o L'abonné dispose de droits à révision de la puissance souscrite (qui détermine le terme R2 de sa facture) (cas cité par les modèles de DSP : inadéquation supérieure à 4% entre la puissance appelée et la puissance souscrite)
 - o Les abonnements sont annuels et se renouvellent par tacite reconduction par période d'un an (résiliation par l'abonné soumise à un préavis de 3 mois), la durée d'abonnement pouvant être augmentée dans la limite de 3 ans au-delà d'un certain seuil de puissance
- Obligation de fournir la chaleur dans la limite des puissances souscrites (cette obligation ne s'applique que dans la limite d'un seuil en affermage) et sans interruption pendant la saison de chauffage (encadrement, par la DSP, de la notion de « saison de chauffage » et des cas de retard, interruptions ou insuffisances de fourniture)
- Recettes extérieures : le délégataire peut fournir de l'énergie calorifique destinée à d'autres usages (que le chauffage ou l'eau chaude sanitaire) dans la limite de capacité des installations
- Dispositions spécifiques aux réseaux bénéficiant d'une obligation de raccordement (le cas échéant). Les abonnés concernés ne peuvent résilier que s'ils utilisent une source locale d'énergie nouvelle

- Contrats du service avec des tiers : ils doivent comporter une clause de substitution pouvant être mise en œuvre par la collectivité en fin de DSP
- Dispositions relatives au personnel.

4.1. Dispositions financières

En DSP, la rémunération du délégataire doit être « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Conformément à cette règle d'origine jurisprudentielle puis légale, les modèles de contrat prévoient que le délégataire perçoit des tarifs sur les abonnés.

Tarifs perçus sur les usagers par le délégataire

La tarification diffère selon si l'on est en concession ou en affermage. En tout état de cause il s'agit d'une tarification binôme (le principe d'une tarification binôme ayant été posé par la loi dans le domaine des réseaux de chaleur) composée d'un terme variable « R1 » et d'un terme fixe « R2 » :

	Concession	Affermage
R1	Élément proportionnel calculé au prorata de la puissance consommée par l'abonné, représentant le coût des combustibles ou autres sources d'énergie nécessaires pour assurer la fourniture de chaleur	
R2	Élément fixe calculé au prorata de la puissance souscrite par l'abonné, représentant la somme des coûts suivants : <ul style="list-style-type: none"> - coût des prestations de conduite, de petit et gros entretien nécessaires pour assurer le fonctionnement des installations primaires ; coût du renouvellement des installations - coût de l'énergie électrique utilisée mécaniquement pour assurer le fonctionnement des installations primaires - charges financières d'autofinancement et/ou d'amortissement des emprunts 	Élément fixe calculé au prorata de la puissance souscrite par l'abonné, représentant la somme des coûts suivants : <ul style="list-style-type: none"> - coût des prestations de conduite, de petit et gros entretien et du renouvellement confié au fermier, nécessaires pour assurer le fonctionnement des installations primaires - coût de l'énergie électrique utilisée mécaniquement pour assurer le fonctionnement des installations primaires

	de premier établissement	
--	--------------------------	--

Redevance / Surtaxe perçues par la collectivité sur les abonnés

Les abonnés versent en outre des sommes que le concessionnaire doit percevoir gratuitement pour le compte de la collectivité et lui reverser :

	Concession	Affermage
Sommes perçues par le délégataire sur les usagers et reversées à la collectivité	<ul style="list-style-type: none"> - Redevance au titre des frais de secrétariat et de contrôle supportés par la collectivité (susceptible d'ajustements chaque année par délibération) - Une surtaxe peut s'y ajouter pour l'amortissement de la dette due au titre d'ouvrages réalisés antérieurement à la concession. 	<p>Surtaxe destinée à couvrir notamment les frais d'amortissement du réseau et les frais généraux de la collectivité (susceptible d'ajustements chaque année par délibération)</p>

Frais de raccordement

Les abonnés paient également des frais de raccordement, représentant le coût des branchements compteurs et/ou postes de livraison et un éventuel droit de raccordement finançant les travaux de premier établissement nécessaires à la desserte des usagers. Le concessionnaire est le bénéficiaire de ces frais en concession, alors qu'en affermage, c'est à la collectivité que revient tout ou la principale partie de ces frais.

Extensions particulières

Les riverains sollicitant une extension du réseau paient les frais de réalisation correspondants sur la base d'un accord intervenu entre riverains ou, à défaut, à proportion de la distance de leur branchement par rapport à l'origine de l'extension et de leur puissance souscrite.

Redevance pour occupation du domaine public

Le délégataire verse à la collectivité une redevance pour occupation du domaine public, qui peut consister en un prélèvement proportionnel au R2 en fonction de la longueur des voies canalisées. Alternativement, les modèles de contrat autorisent les parties à prévoir qu'aucune redevance domaniale

n'est due au profit de l'autorité délégante, mais il nous semble que la Circulaire de 1982 n'est pas conforme au droit applicable sur ce point.

4.2. Production des comptes et révision du contrat

Les modèles de contrat issus de la Circulaire de 1982 prévoient l'obligation, pour le délégataire, de communiquer chaque année à l'autorité délégante des comptes rendus technique et financier de la délégation, la collectivité disposant d'un droit de contrôle des informations ainsi délivrées. L'article L. 1411-3 du CGCT prévoit quant à lui l'obligation de production d'un rapport annuel par le délégataire communiqué à l'autorité délégante avant le 1er juin de l'année suivant le dernier exercice.

En outre, les modèles de contrat prévoient une série de cas obligeant les parties à réexaminer les tarifs et/ou leur indexation (sur production, par le concessionnaire, des justifications nécessaires et notamment des derniers comptes d'exploitation de la délégation). Ainsi, il ne s'agit, au vu de la lettre des modèles de contrat, pas de cas de révision automatique des tarifs : il s'agit uniquement d'une clause de rencontre automatique avec pour ordre du jour une éventuelle révision des tarifs et/ou de leur indexation, dans 11 cas limitativement énumérés (cf. tableau ci-après).

Concession	Affermage
Après 8, 13 et 18 ans	Tous les 5 ans
Modification des ouvrages confiés au concessionnaire ou de leur développement remettant en cause l'équilibre financier du contrat	Modification substantielle en importance et qualité des ouvrages confiés au fermier
Modification du périmètre délégué remettant en cause l'équilibre financier du contrat	Modification du périmètre délégué
Changement de source d'énergie modifiant de façon sensible l'équilibre financier du contrat	Changement de source d'énergie
Variation > à 30% des puissances souscrites ou des quantités d'énergie vendues aux abonnés par rapport aux puissances prévues à l'échéancier du compte d'exploitation prévisionnel (une autre rédaction est alternativement proposée en cas de réseau classé)	Variation > à 10% des puissances souscrites par rapport à la puissance totale souscrite prévue initialement ou résultant de la précédente révision ou si le total des puissances souscrites par les abonnés dépasse la puissance des installations

Variation > à un seuil du prix unitaire du R2 par rapport au prix fixé lors du contrat initial ou de la précédente révision, consécutive au jeu successif des indexations Ce seuil est de 75% en concession / 50% en affermage.
Variation > à 20% des quantités d'énergie calorifique importées et exportées au regard de l'énergie totale vendue précédemment ou lors de la mise en service (en concession) ou de la négociation initiale (en affermage)
Classement du réseau (non prévu précédemment)
Evolution importante de la réglementation
Variation significative du montant des impôts et redevances à charge du délégataire
Mesure nouvelle et substantielle d'exploitation destinée à faire des économies d'énergie

4.3. Aspects fiscaux

En concession comme en affermage, les impôts et taxes sont en principe à la charge du délégataire et ouvrent droit à réexamen des tarifs en cas de variation significative. Par exception, l'impôt foncier n'est pas dû par le fermier dans l'hypothèse d'un affermage.

Par ailleurs, le modèle de contrat d'affermage prévoit une clause relative au transfert de la TVA. Ce mécanisme, régi par l'article 210 de l'annexe II du Code général des impôts, vise à ce que les collectivités ayant supporté de la TVA lors de l'acquisition ou de la construction d'investissements remis au délégataire puissent récupérer cette TVA par le biais d'une procédure fiscale spécifique – le transfert au délégataire des droits à déduction. Pour la mise en œuvre de cette procédure, il appartient à la collectivité propriétaire des biens de délivrer au délégataire une attestation comportant le montant HT des biens et le montant de TVA correspondante. Enfin, l'affermage doit prévoir les modalités de déduction de TVA par le délégataire et de son reversement à la collectivité.

4.4. Garanties – Sanctions – Contentieux

Ce chapitre prévoit notamment :

- un cautionnement, pouvant être remplacé par une caution personnelle et solidaire du délégataire (ou également par les garanties « maison mère ») :

Concession	Affermage
- Cautionnement « travaux » : 2% du montant global des travaux à réaliser dans les 2 années à venir (actualisation chaque année), libéré lors de l'approbation du PV de réception des travaux ou, en cas de réserves entraînant des engagements financiers, à la levée des réserves	<i>Pas de cautionnement « travaux »</i>
- Cautionnement « exploitation » : % minimum du montant des recettes annuelles R2 (2% en affermage / 3% en concession) actualisé à chaque révision du contrat, et soumis à l'obligation de reconstitution à chaque prélèvement, permettant de couvrir les pénalités et sommes dues à la collectivité (redevance d'occupation du domaine public...) par le délégataire	

— des pénalités sanctionnant un certain nombre d'inexécutions du contrat :

Concession	Affermage
Pénalité de retards de mise en service des installations de premier établissement : XXX % du montant des travaux / jour de retard	<i>Pas de pénalité équivalente</i>

<p>Pénalités sanctionnant des manquements relatifs à l'exploitation des ouvrages :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Retard ou interruption de la fourniture de chaleur : XXX (somme fixée en fonction du R2, de la puissance concernée et de la durée de l'interruption) - Insuffisance de la fourniture de chaleur : ½ de la pénalité précédente - Interruption du réchauffage de l'eau sanitaire : XXX (somme fixée en fonction de critères techniques précisés par les modèles de contrat et de la durée de l'interruption) - Insuffisance du réchauffage de l'eau sanitaire : ½ de la pénalité précédente
<p>Pénalités de non production des rapports annuels (applicables sous réserve d'une mise en demeure restée sans réponse 15 jours) : 1% des recettes R2 de l'année précédente</p>

— les dispositions relatives à la mise en régie, i.e. en cas de faute grave autorisant la collectivité à se substituer ou substituer temporairement un autre exploitant aux risques et frais du délégataire ;

— les dispositions relatives à la déchéance, i.e. en cas de faute grave autorisant la collectivité à résilier le contrat de manière unilatérale et dont les conséquences financières sont supportées

par le délégataire (ce dernier doit toutefois être indemnisé de la valeur non amortie des investissements qu'il a financés, même dans le silence des modèles de contrat – et des contrats qui en résultent) ;

— les dispositions diverses d'élection de domicile et de jugement des contestations.

4.5. Fin de contrat

Outre le cas de déchéance que les modèles de contrat prévoient sous le chapitre « Garanties – Sanctions – Contentieux » exposé ci-dessus, un autre cas de résiliation anticipée est prévu par la Circulaire de 1982, uniquement pour les concessions : la faculté de rachat offerte à la collectivité à compter de la 15^e année révolue, sous réserve d'un préavis d'un an. Dans cette hypothèse, la collectivité verse au concessionnaire une indemnité prenant en compte les bénéfices raisonnables prévisionnels et les amortissements financiers relatifs aux ouvrages de la concession et restant à la charge du concessionnaire à la date de la résiliation.

En revanche, les modèles de contrats ne prévoient pas la possibilité d'une résiliation pour motif d'intérêt général. Or, en vertu de règles générales applicables aux contrats administratifs, tout contrat administratif peut être résilié pour motif d'intérêt général quels qu'en soient les termes (pouvoir existant même sans clauses spécifiques)).

Le motif d'intérêt général justifiant la résiliation du contrat peut consister en une réorganisation du service public dont la personne publique a la charge, c'est-à-dire des « modifications dans les besoins et le fonctionnement du service public » ou encore que la personne publique établisse, « à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

Sur la base de la jurisprudence intervenue en matière de résiliation pour motif d'intérêt général sans clause contractuelle prévoyant l'indemnisation due au titulaire, la collectivité devra verser au concessionnaire une indemnisation correspondant à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée, calculée comme il suit :

- Pertes subies correspondant à la valeur non amortie des installations financées (ainsi qu'à d'autres pertes, le cas échéant)
- Manque à gagner entre la date de la résiliation anticipée et le terme normal de la DSP au titre de l'exploitation du réseau concédé.

Il est conseillé de fixer à l'avance les principes d'indemnisation et, pour les collectivités, de plafonner l'indemnisation du manque à gagner à un certain nombre d'années d'exploitation. La jurisprudence a récemment confirmé cette possibilité de fixer une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi dans le cas où le titulaire du contrat est une personne privée.

Enfin, ce chapitre comporte une clause relative à la cession de contrat, selon laquelle « toute cession ouvre droit à une renégociation du présent contrat ».

Cette disposition surprenante doit être déconseillée : en effet, il n'y a pas de raison de renégocier s'il s'agit d'une cession (au sens où l'entend la jurisprudence, c'est-à-dire la reprise pure et simple des obligations du cédant par le nouveau titulaire du contrat). A l'inverse, il y aurait lieu de « renégocier » si la cession s'accompagnait de modifications substantielles d'éléments essentiels du contrat. Mais dans ce cas alors, il ne s'agirait pas de renégocier, mais de résilier et remettre en concurrence la DSP, car il s'agirait d'un cas de cession de contrat irrégulier.

