

Marchés et contrats administratifs

Section des travaux publics - Avis n° 371.234 - 19 avril 2005

Délégations de service public - Conditions de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne - Régimes de dévolution des biens et d'indemnisation en l'absence de stipulations contractuelles.

Le Conseil d'Etat (section des travaux publics), saisi par le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer de questions relatives au régime juridique des conventions d'exploitation des remontées mécaniques et, en particulier, des questions suivantes :

- 1°) à quelles conditions ces conventions peuvent-elles être prolongées ?
- 2°) à quelles conditions des avenants à ces conventions peuvent-ils être conclus ?
 - a) des modifications à l'économie générale des conventions justifiant la prolongation de leur durée sont-elles possibles sans mise en concurrence préalable ?
 - b) est-il possible d'introduire dans une convention dont la durée n'est pas modifiée une clause de rachat ou d'indemnisation du délégataire pour les biens qui ne seront pas amortis à la fin de la délégation ?
- 3°) est-il possible, lors de l'attribution du service à un nouveau délégataire, de lui imposer au titre des « droits d'entrée » prévus à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales les conséquences indemnitaires de la résiliation de la convention précédente ou le rachat des biens nécessaires à l'exploitation du service ?
- 4°) quel est le régime des biens nécessaires au bon fonctionnement du service, notamment dans le cas où les remontées mécaniques sont exploitées dans des conditions non conformes aux dispositions de la loi du 9 janvier 1985 et où la passation de nouvelles conventions est envisagée ?
 - a) ces biens font-ils retour à l'autorité organisatrice ?
 - b) en cas d'éviction de l'ancien exploitant, comment calcule-t-on l'indemnité qui lui est due le cas échéant ?
 - c) le lancement d'une procédure de renouvellement des conventions est-il subordonné à la condition que l'autorité organisatrice soit devenue propriétaire des biens nécessaires à l'exploitation du service ou que l'exploitant ait consenti à céder ses biens ?
 - d) en l'absence d'accord, est-il possible de recourir à l'expropriation ?
 - e) quelles voies de droit peuvent être utilisées pour permettre la réutilisation des biens nécessaires à l'exploitation du service ?

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1411-1 à L.1411-18 ;

Vu le code du tourisme notamment ses articles L. 342-1 à L. 342-26 ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 modifiée d'orientation des transports intérieurs ;

Vu la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Le caractère de service public des remontées mécaniques en montagne, affirmé en 1959 par la jurisprudence (CE Section 23 janvier 1959 commune d'Huez, Rec. p. 67) a été consacré par la loi du 9 janvier 1985 dont les dispositions ont été reprises au code du tourisme. Il résulte des articles L. 342-9 à L. 342-11 de ce code que ce service relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou des départements qui l'ont organisé avant le 10 janvier 1985. En application de l'article L. 342-13 du même code, l'exécution de ce service public est assurée soit directement par la personne publique, soit par une entreprise ayant passé à cette fin une convention avec la personne publique. Dans ce cas, si la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, la convention est une délégation de service public.

Si ces conventions sont soumises à certaines règles particulières posées par les articles L. 342-1 à L. 342-5, L. 342-7 à L. 342-15 et L. 342-17 du code du tourisme ainsi que, compte tenu du renvoi de l'article L. 342-8 de ce code à la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, aux dispositions du premier alinéa de l'article 1^{er}, des articles 5 et 6, du paragraphe III de l'article 7, des articles 9, 14, 16 et 17 de cette loi, aucune de ces règles ne déroge à celles que fixe le code général des collectivités territoriales en matière de publicité et de mise en concurrence pour les délégations de service public. S'appliquent, par conséquent, aux délégations de service public de remontées mécaniques l'ensemble des dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à D. 1411-6 du code général des collectivités territoriales.

Sur la première question :

L'article L. 1412-2 du code général des collectivités territoriales dispose en premier lieu que : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée » et énonce les critères à retenir (nature et coût des investissements à réaliser) pour fixer cette durée. Il résulte du principe de durée limitée des délégations de service public que les clauses de tacite reconduction qui peuvent y figurer sont nulles et privées de tout effet.

Le même article L. 1412-2 fixe ensuite les conditions dans lesquelles la prolongation des délégations, qui demeure une exception, est possible. Elle peut intervenir pour un motif d'intérêt général sans excéder un an. Elle peut également intervenir, afin de permettre la réalisation d'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, pour une durée supérieure à un an mais, dans ce cas, trois conditions doivent être remplies :

a) les investissements doivent être demandés par le délégant ;

b) ces investissements doivent être indispensables au bon fonctionnement du service ou à son extension géographique. Cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence. Les investissements non prévus lors de la conclusion du contrat et susceptibles de justifier sa prolongation ne peuvent relever de la simple opportunité. Ils doivent être impliqués nécessairement par un fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention. (CE 29 décembre 2004 n° 239681 Société SOCCRAM) ;

c) enfin, il doit s'agir d'investissements de nature à modifier l'économie générale de la délégation. A la différence de la précédente, cette question n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence, mais, sous réserve de ce qui viendrait à être jugé, on peut admettre que

l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre.

Sur la deuxième question :

L'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, en ce qu'il autorise dans certains cas la prolongation de contrats de délégation de service public, n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application des règles générales qui régissent les avenants.

a) Un avenant, dont celui qui prolongerait une convention de délégation de service public, 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 (cf Avis CE n° 362 908 du 16 septembre 1999 relatif au procédé de « l'adossement »). Ainsi, si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel.

b) 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. (cf Avis Section des finances du Conseil d'Etat n° 364 803 du 8 juin 2000).

c) Enfin, 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. (cf. CE 20 mars 1942 Dame veuve Bastit, Rec. p. 92 ou 12 mai 1942 Commune de Luc-en-Diois Rec. p. 148)

S'il n'est pas envisagé de modifier la durée de la délégation, les 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, peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation. Dans ce 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.

Sur la troisième question :

L'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales permet à la personne publique délégante qui entend conclure une nouvelle délégation de service public de demander au nouveau délégataire le versement de « droits d'entrée ». Ces droits d'entrée, que la convention doit justifier, doivent être conformes à l'objet de la délégation. Bien qu'aucune décision juridictionnelle n'ait tranché ce point, on peut admettre qu'ils ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Enfin, si les biens nécessaires à l'exécution du service appartiennent en principe à l'autorité délégante et ne peuvent faire l'objet d'un « rachat », il ne paraît pas impossible que les « droits d'entrée » comprennent le coût de biens utiles à la délégation (biens de reprise) que le délégataire sortant aurait cédés à

la collectivité.

Sur la quatrième question :

La question du sort des biens nécessaires au bon fonctionnement du service conduit à distinguer deux cas :

a) Le premier concerne l'hypothèse dans laquelle le service public des remontées mécaniques a été confié par convention à un délégataire de service public. L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées grâce à la servitude prévue aux articles L. 342-20 et suivants du code du tourisme, appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. Les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en œuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances n° 86-1137 du 30 décembre 1986.

Si la convention n'est pas arrivée à son terme, la collectivité délégante peut obtenir un retour anticipé des biens en prononçant la résiliation de la délégation mais à des conditions qui varient selon la nature de la délégation.

Si la délégation est une concession de service public, la résiliation ne peut intervenir, sauf stipulation contractuelle contraire, que par décision du juge pour faute du concessionnaire d'une particulière gravité, pour motif d'intérêt général ou en raison d'un événement de force majeure rendant impossible la poursuite du contrat. Hormis ces hypothèses, et en l'absence d'une clause de rachat de la concession ou d'une clause autorisant une résiliation unilatérale, le délégant ne peut obtenir une fin anticipée de la concession. Le concédant ne pourra pas mettre en œuvre une procédure d'expropriation à l'encontre d'un droit d'exploitation de ses propres biens. Le contrat de concession ne pourra que se poursuivre, à moins d'un accord conclu avec le concessionnaire. Dans le cas où la résiliation anticipée de la concession est possible, le concessionnaire n'a droit à être indemnisé qu'au titre de ses investissements non amortis, évalués à leur valeur nette comptable sous la réserve déjà indiquée. Il a droit également, dès lors que le préjudice est établi avec certitude, à une indemnisation totale de son manque à gagner en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, et sous déduction d'une réduction de principe lorsque la résiliation résulte de circonstances imprévisibles et irrésistibles qui bouleversent l'économie du contrat (CE 14 juin 2000 commune de Staffelfelden Rec. p.227).

La rupture anticipée d'une délégation autre qu'une concession, même en l'absence de faute du délégataire, motif d'intérêt général ou événement de force majeure, est toujours possible mais donne lieu à une indemnisation de l'entier préjudice du cocontractant de la collectivité.

Le lancement d'une nouvelle procédure de délégation de service public peut intervenir compte tenu du terme prévu de la délégation ou de la date envisagée de la résiliation lorsque celle-ci est possible. Dans le cas où, à l'expiration du terme de la convention ou après sa résiliation, l'ancien délégataire continuerait à occuper sans titre les installations voire à les exploiter, la personne publique devrait alors saisir le juge des référés. Sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés pourra ordonner sous astreinte à la personne privée, si l'urgence le justifie, d'évacuer les installations qu'elle exploite ou occupe sans titre.

b) Dans le cas où l'exploitant n'a pas conclu de convention l'autorisant à exploiter les

installations de remontées mécaniques, comme l'exigent les dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 342-13 du code du tourisme, la personne publique responsable de l'organisation du service doit reprendre possession de ses installations. Elle ne pourrait, sans engager sa responsabilité, laisser se poursuivre une exploitation hors la passation d'un contrat selon la procédure légale de publicité et de mise en concurrence, conformément aux dispositions combinées des articles L.342-13 du code du tourisme et L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. Le gestionnaire de fait aurait droit uniquement à être indemnisé au titre des investissements non amortis. Il ne pourrait prétendre à une autre indemnité que s'il pouvait se prévaloir d'une faute de la personne publique distincte de celle qui a consisté à laisser se poursuivre la délégation, compte tenu de sa propre faute d'avoir accepté de prendre en charge illégalement l'exploitation de remontées mécaniques, hors la procédure légale de publicité et de mise en concurrence.

Reste l'hypothèse d'un équipement installé sur une propriété privée. Il peut s'agir d'un équipement autrefois autorisé mais n'ayant jamais fait l'objet d'une convention de délégation de service public ou dont la convention est venue à expiration. S'agissant d'un équipement privé installé sur une propriété privée, la personne publique responsable du service public des remontées mécaniques ne peut en prendre possession, hors accord amiable, qu'en mettant en œuvre la procédure de l'expropriation. L'exploitant privé ne dispose d'ailleurs d'aucun droit à faire fonctionner une installation de remontées mécaniques sur ses propres terrains en l'absence de toute convention, dès lors que ce service relève de la seule compétence légale des communes, de leur groupements ou des départements en application des articles L.342-9 et suivants du code du tourisme.

Le Conseil d'Etat observe, pour finir, que la loi du 9 janvier 1985 a organisé, à l'article 47, un régime transitoire pour la régularisation des systèmes mis en place antérieurement par les collectivités territoriales pour l'exécution du service des remontées. Dans un délai de 4 ans à compter de la publication de la loi toutes les remontées mécaniques qui n'étaient pas exploitées en régie devaient faire l'objet d'une convention conforme aux dispositions de la loi. Ce délai n'ayant pas pu être respecté partout, la loi du 30 décembre 1988 a prolongé de 10 ans la période transitoire. Mais celle-ci est définitivement expirée depuis le 10 janvier 1999. C'est donc à juste titre que les dispositions de la loi de 1985 modifiée en 1988 relatives au régime transitoire n'ont pas été reprises dans le code du tourisme. Les conventions qui n'ont pas à ce jour été mises en conformité ou les autorisations d'exploiter qui peuvent encore subsister doivent être regardées comme caduques et la liquidation des situations qui en résultent doit se faire à l'amiable ou par voie judiciaire en appliquant les règles ci-dessus définies et en appréciant la responsabilité respective de la collectivité et de l'exploitant dans le maintien d'une situation contraire à la loi.