

# La rédaction des clauses relatives aux biens dans les DSP

La question des biens au sein des contrats de délégation de service public nourrit de nombreux contentieux devant le juge administratif. L'une des problématiques centrales pour les autorités délégantes est de s'assurer de la protection des biens publics supports des services publics délégués pendant la vie du contrat et à son issue. Dans ce contexte, la rédaction des clauses relatives aux biens et ouvrages délégués représente un enjeu aux conséquences juridiques et financières importantes.

Le régime juridique qui est contractuellement attaché aux biens au sein des délégations de services publics diffère selon la catégorie à laquelle chaque ouvrage appartient. Ainsi les biens nécessaires (ou indispensables) au fonctionnement du service public sont qualifiés de biens de retour, et appartiennent *ab initio* à la personne publique. En revanche, les biens appartenant au délégataire, qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service, sont qualifiés de biens propres et demeurent en principe la propriété de celui-ci. Mais, le contrat peut en disposer autrement en prévoyant que certains de ces biens propres puissent faire l'objet d'une reprise par le délégant en fin de convention, assortie d'une indemnité de reprise. Il faut également prendre en compte, pour la détermination de ces biens, la nature mobilière ou immobilière, voire incorporelle, de ceux-ci, ainsi que leur appartenance, ou non, au domaine public. Le contrat doit également s'adapter aux différentes situations selon que les biens sont mis à disposition du délégataire, réalisés ou acquis par ce dernier en cours de contrat.

La question des biens doit être traitée dans le contrat de délégation de service public à différents endroits. Ainsi, il convient de prévoir des clauses relatives à l'identification et à la définition des biens, au suivi de l'état des biens, aux conditions de mise à disposition des biens par le délégant au délégataire, et enfin l'organisation du retour des biens en fin de délégation.

## L'identification et la définition des biens dans le contrat

La rédaction des clauses contractuelles relatives à l'identification et à la définition des biens de retour et des biens propres doit se faire à l'aune de la jurisprudence Commune de Douai<sup>(1)</sup>, qui est intervenue pour clarifier l'état du droit. Ainsi, une certaine liberté est laissée aux

(1) CE Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788 ; CP-ACCP n° 131, avril 2013, p. 79, note J-F Sestier.

### Auteur

**François Lehoux**

Avocat à la Cour – Cabinet Seban et Associés

**Marie-Hélène Pachen-Lefèvre**

Avocat Associée – Cabinet Seban et Associés

### Mots clés

Biens de retour • Biens propres • Compte GER • Inventaire  
• Police d'assurance

parties dans la rédaction des clauses pour identifier les différents types de biens, et notamment dans quelles conditions certains d'entre eux pourront faire l'objet d'une reprise à la fin de la convention, sans préjudice toutefois de la catégorie essentielle, sanctuarisée dans l'arrêt précité Commune de Douai, des biens de retour, qu'il convient donc de protéger. On notera que la jurisprudence simplifie les différentes catégories en supprimant en tant que tels « les biens de reprise », qui n'est plus une catégorie autonome, au sens de la décision précitée du Conseil d'État. C'est ainsi que le contrat peut prévoir une « faculté de reprise par la personne publique, à l'expiration de la délégation ou de la concession, et moyennant un prix, des biens appartenant au délégataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service »<sup>[2]</sup>, autrement dit de biens propres. À l'inverse, il n'est pas possible contractuellement de faire basculer en biens autres que de retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public au motif de leur affecter une indemnité de reprise ; seule une valeur nette comptable pourra leur être associée en fin de contrat si cela est justifié (cf. § IV ci-après). Aussi une vigilance particulière doit être opérée par les autorités délégantes pour auditer leurs conventions et s'assurer de la légalité de leurs clauses relatives aux biens objets de la délégation.

Par ailleurs, dans la répartition des biens au sein des différentes catégories, la liberté rédactionnelle n'est pas totale, les parties ne pourront pas contractuellement déroger aux règles de la domanialité publique<sup>[3]</sup>. En cas de rattachement du bien au domaine public, celui-ci ne pourra pas demeurer la propriété du délégataire, même s'il en a assuré la maîtrise d'ouvrage. Celui-ci pourra seulement détenir sur ces biens les droits réels dont peut légalement bénéficier le cocontractant sur le domaine public<sup>[4]</sup>. La liberté contractuelle sera également limitée lorsque le bien en question relève d'un régime juridique défini par le législateur qui impose par exemple l'affectation d'un bien au fonctionnement d'un service public<sup>[5]</sup>.

Toutefois, plus qu'une simple faculté, la description des biens de retour dans les clauses du contrat peut se révéler opportune lorsque les critères d'identification dégagés par la jurisprudence ne sont pas suffisants ou pourraient prêter en pratique à discussion entre les parties pour conclure au caractère indispensable ou non d'un bien au fonctionnement d'un service public. Il en va ainsi notamment lorsque les biens peuvent être regardés comme indispensables au regard d'une activité accessoire du service public<sup>[6]</sup>. Pour prévenir les litiges, l'insertion d'une

clause renvoyant à une annexe actualisable des biens de retour sera fort utile pour l'autorité délégante lorsqu'elle en revendiquera la propriété.

L'autre intérêt d'une clause identifiant et listant les différents types de biens peut être d'exclure certains équipements, qui pour diverses raisons, sont susceptibles de ne pas représenter d'intérêt pour l'autorité délégante à l'échéance du contrat. Ainsi les parties peuvent contractuellement s'organiser pour reconnaître expressément que certains biens n'entrent pas dans la catégorie des biens de retour en fin de contrat, tel que du matériel qui serait par exemple inutile ou obsolète au terme du contrat. Par une telle classification, l'autorité délégante se prémunit de l'indemnisation d'une éventuelle valeur nette comptable résiduelle à raison de ces biens à l'échéance de la convention.

#### On recommandera donc *a minima*, dans le contrat :

- de prévoir une clause permettant d'identifier et distinguer les biens de retours, les biens propres et les biens pouvant au choix du délégant faire l'objet d'une reprise en fin de contrat ;
- d'insérer une annexe exhaustive et actualisable annuellement (à la date de remise du rapport annuel d'activité par exemple) des différents types de biens de la délégation de service public.

## L'organisation du suivi de l'état des biens dans la DSP

L'une des difficultés, en matière de biens, vient de la durée parfois très longue des conventions de délégation de service public. Aussi, en l'absence d'outils adaptés, il peut être difficile, pour la personne publique, d'assurer un suivi satisfaisant des biens entrant dans le périmètre du contrat.

Le CGCT prévoit la production, par le délégataire, d'un rapport annuel contenant un « inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué »<sup>[7]</sup>.

En s'appuyant et en visant ces dispositions, les clauses contractuelles peuvent venir préciser le contenu du rapport annuel. Plus le contenu du rapport annuel sera précis et détaillé, moins il existera de risque pour le délégant d'être confronté à une « disparition » d'un bien ou à un litige avec son cocontractant.

La clause pourra ainsi utilement préciser que l'inventaire prévu au rapport annuel indique notamment la date d'acquisition du bien, sa valeur comptable, ainsi que l'état des amortissements réalisés par le délégataire. Cette dernière information sera déterminante, en cas de rupture anticipée du contrat pour le calcul de l'indemnisation due

[2] Cf. CE Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788, précité.

[3] Cf. CE Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788, précité.

[4] Cf. CE Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788, précité.

[5] À titre d'exemple : CAA Nancy 12 mai 2014, M. E, req. n° 13NC01303.

[6] Pour une illustration récente de ce type de litige : CE 5 février 2014, Stés Equalia et Polyxo, req. n° 371121.

[7] CGCT, art. L. 1411-3 et R. 1411-7 g).

au délégataire de la valeur nette comptable des biens de retour. On ajoutera à ces mentions usuelles l'affectation à chaque bien de retour de la part de financement de ce bien assurée par subvention ou versement de tiers, ou par tout autre financement, direct ou indirect, en provenance de l'autorité délégante. Et on pourrait encore ajouter les provisions pour renouvellement affectées au financement de chacun de ces biens.

L'attention des autorités délégantes doit ici être attirée sur l'importance de ces clauses. Les chambres régionales des comptes (CRC) sont régulièrement amenées à critiquer le manque de suivi des biens dans les délégations de services publics<sup>[8]</sup>.

Pour assurer la pérennité et le maintien en bon état du matériel de la délégation tout au long du contrat, ce dernier devra strictement encadrer l'entretien et le renouvellement des biens.

Concernant la maintenance et l'entretien courant, il convient de définir contractuellement le rôle du délégataire. Ainsi, de manière classique, celui-ci sera réputé parfaitement connaître tous les biens entrant dans le périmètre du contrat et sera tenu de veiller sur ces ouvrages. Il est possible de stipuler qu'il devra privilégier un entretien et une maintenance préventive pour éviter les opérations curatives, en suivant, par exemple, un programme de travaux préalablement fixé et contractualisé en annexe. L'instauration de pénalités en cas de défaillance du matériel peut aussi être une incitation forte à assurer préventivement les opérations nécessaires.

La question sera d'autant plus importante pour ce qui concerne le gros entretien et le renouvellement du matériel. Il conviendra opportunément de prévoir un compte de Gros Entretien Renouvellement (GER) qui permette de définir contractuellement le montant de l'investissement annuel portant sur des opérations de maintenance lourde et de renouvellement d'installations existantes. Il s'agit ici, pour l'autorité délégante, d'un outil de pilotage important pour s'assurer du maintien, dans le temps, de l'état des biens délégués et de leur renouvellement. Aussi, le planning des opérations, que ce soit dans leur rythme ou leur montant financier, doit être précisément défini dans le contrat, ou dans l'une de ses annexes. Son suivi annuel par l'autorité délégante doit être organisé dans le contrat. Enfin, l'ajout de pénalités en cas de non respect de ce planning peut avoir des vertus incitatives pour le délégataire.

#### On recommandera donc *a minima*, dans le contrat :

- d'encadrer contractuellement les modalités de production et le contenu du volet relatif à l'inventaire des biens du rapport annuel produit par le délégataire ;
- de prévoir contractuellement que le rapport annuel, dans son volet relatif à l'inventaire des biens, indique *a minima* : la date d'acquisition, la valeur comptable ainsi que l'état d'amortissement ; mais aussi : le financement affecté à chaque bien (financement du délégataire ou financement de tiers ou du délégant) de même que les provisions pour renouvellement y affectées ;
- de prévoir dans le contrat et ses annexes les obligations du délégataire et les conditions de leur mise en œuvre en matière de maintenance et d'entretien courant des biens délégués ;
- de prévoir dans le contrat et ses annexes le rythme et le montant des opérations de gros entretien et de renouvellement qui sont à la charge du délégataire. Le programme précis de ces opérations peut faire l'objet d'une annexe au contrat.

### L'organisation de la mise à disposition des biens par le délégant

Tous les biens ne sont pas nécessairement réalisés ou acquis par le délégataire. Pour les biens qui appartenaient préalablement au délégant ou qui sont réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de ce dernier, la rédaction des clauses contractuelles doit viser à les protéger. Il s'agit d'encadrer les conditions de mise à disposition de ces biens au début de la délégation de service public et les modalités de leur restitution au délégant en fin de contrat.

Le contrat doit prévoir les conditions de mise à disposition des biens, notamment pour éviter toute contestation ultérieure sur leur l'état à la date de leur prise en charge par le délégataire. Il convient ainsi d'organiser un état des lieux contradictoire au début de la convention et d'y annexer un procès verbal, sur lequel seront consignées les observations ou réserves.

Une autre solution pourra être d'indiquer dans le contrat que les biens seront pris en charge par le délégataire en l'état. Et de stipuler qu'il ne pourra pas invoquer leur état pour se soustraire à ses obligations contractuelles.

Ces dispositifs permettent ainsi de clarifier les responsabilités respectives des parties s'agissant des biens réalisés sous maîtrise d'ouvrage du délégant mais exploités par le délégataire et, en conséquence, placés sous sa garde.

Le contrat doit également prévoir le cas de la mise à disposition de biens en cours de contrat, ce qui est parfois

[8] CRC Bourgogne, Commune de Paray-le-Monial, janvier 2011 : « l'état descriptif des biens de la délégation est mentionné en annexe 3 à la convention signée en 2006 avec la société Avenance. Toutefois cet état ne précise ni la date d'acquisition des biens, ni leur valeur comptable, ni le montant des amortissements pratiqués », Voir également CRC Centre, SEM de Vierzon, octobre 2010 : « À cet égard, il y a lieu de rappeler que le compte rendu à la collectivité ne mentionnait pas les biens qui seraient vendus ».

le cas pour les services publics en réseau, où des extensions peuvent être réalisées en cours de contrat par le délégant. De manière similaire à ce qu'il convient de prévoir pour les biens confiés au délégataire au commencement de la convention, il faut prévoir une procédure contractuelle permettant de s'assurer de l'état initial des biens mis à disposition pour les besoins de son exploitation ainsi que de leur inscription dans l'inventaire des biens de retour de la délégation.

D'une manière générale, la mise à disposition des biens auprès du délégataire doit être contractuellement organisée de sorte à protéger les intérêts du délégant. Même si cela peut paraître aller de soi, il convient de stipuler que le délégataire assure, une fois les biens pris en charge, la pleine responsabilité de ces biens et qu'il devra par conséquent souscrire les polices d'assurances adéquates. La transmission à l'autorité délégante des dites polices peut être prévue au contrat, afin que la personne publique s'assure que son cocontractant puisse faire face à un éventuel dommage ou incident sur les installations. Si les parties devaient convenir d'une autre organisation de la responsabilité, il faudrait que celle-ci soit clairement exprimée dans le contrat.

Le cas des biens meubles, dont notamment les stocks et consommables issus d'un précédent contrat, doit également être évoqué dans le contrat. Cela peut concerner un lot de pièces courantes de rechange destinées à l'entretien ou encore par exemple un stock de combustibles dans le cas d'un réseau de chaleur. L'autorité délégante a tout intérêt à les valoriser, en prévoyant par exemple un rachat par le nouveau délégataire. Pour respecter un certain parallélisme, il sera possible de stipuler que ces stocks et consommables seront rachetés au délégataire par le délégant en fin de contrat. Mais il sera alors important de définir dans le contrat quels sont les consommables ou stocks concernés et, le cas échéant, pour ne pas obérer les conditions d'exploitation au-delà du terme de la délégation, de fixer un plafond maximum au-delà duquel la personne publique ne serait pas tenue de les acquérir en fin de délégation.

#### On recommandera donc *a minima*, dans le contrat :

- de prévoir les conditions de la mise à disposition de biens par le délégant au délégataire, en renvoyant notamment à l'établissement d'un état des lieux contradictoire annexé à la convention ;
- de prévoir également que le délégataire prend les biens en l'état et qu'il ne peut invoquer ledit état pour se soustraire à ses obligations ;
- de prévoir les hypothèses de mise à disposition de biens devant intervenir en cours d'exécution du contrat (ex : le cas des extensions à la charge du délégant des services publics en réseau) ;
- de prévoir que le délégataire est responsable des biens qui lui sont confiés et qu'il a l'obligation de souscrire les polices d'assurances nécessaires qu'il doit transmettre à l'autorité délégante.

## Organisation du retour des biens au délégant

L'organisation de la fin normale comme anticipée de la délégation de service public, et notamment des conditions de restitution des biens à l'autorité délégante à cette échéance, doit faire l'objet d'une attention particulière au moment de la rédaction du contrat. Il s'agit ici d'évoquer le cas de l'ensemble des biens de retour, mais aussi des biens propres pouvant faire l'objet d'une reprise par le délégant.

La question de l'état des biens remis en fin de contrat doit être précisément définie dans la convention. Il y a lieu de prévoir une restitution des biens en parfait état de fonctionnement. De manière générale, la stipulation de l'état de restitution des biens dans le contrat permet de fixer un cadre clair, et opposable au délégataire en cas de litige à la fin de la convention. Cette question peut aussi être traitée en regard du stock des provisions pour renouvellement qui pourra être constaté en fin de contrat.

Concernant les biens de retour ayant été réalisés sous maîtrise d'ouvrage du délégataire et financés par lui, leur amortissement est normalement effectué sur la durée de la convention. On rappellera ici que, par principe, la durée de la convention est établie au regard de la durée d'amortissement des biens. Toutefois, l'amortissement peut ne pas être complet, et ce pour différentes raisons, notamment lorsque le délégant a retenu dès le départ une durée de contrat plus courte que la durée d'amortissement des biens mis à la charge du délégataire, ou qu'une partie des ouvrages a été réalisée en cours de contrat et n'a pu dès lors être amortie sur la durée résiduelle du contrat.

Dans ces différents cas, il est possible de définir préalablement dans le contrat que le délégataire sera indemnisé en fin de contrat à hauteur de la valeur nette comptable des biens de retour. On retrouve ici toute l'importance du suivi et du contrôle des amortissements réalisés par le délégataire, au travers notamment du rapport annuel qu'il a la charge de produire, offrant au délégant un outil de contrôle de la valeur nette comptable qui lui sera réclamée en fin de contrat.

Il existe des possibilités pour l'autorité délégante d'aménager le règlement de cette indemnisation de la part non amortie des biens. Ainsi le juge administratif a très récemment admis que cette indemnisation puisse être versée dès le début du contrat et non à la fin<sup>(9)</sup>. Dans ce dernier cas, il est primordial de prévoir une clause permettant de vérifier qu'à l'issue du contrat, l'indemnisation initialement versée correspond bien à la part réelle de la valeur nette comptable des biens de retour pour, le cas échéant, demander au délégataire de reverser une partie de cette somme.

Également important, et cela est particulièrement vrai pour les biens réalisés sous la maîtrise d'ouvrage du délégataire, il faut contractuellement prévoir la

(9) CE 13 février 2015, Communauté d'Agglomération d'Épinal, req. n° 373645.

transmission de l'ensemble des documents liés auxdits biens comme les plans détaillés des terrains et ouvrages, les dossiers des ouvrages exécutés (DOE), ou encore les divers contrats dont ces biens ont fait l'objet (assurances, contrats de maintenance, etc.)

Concernant le cas des biens susceptibles de faire l'objet d'une reprise par le délégant en fin de contrat, il apparaît utile de prévoir contractuellement les conditions et les modalités selon lesquelles l'autorité délégante pourra, si elle le désire, lever l'option de rachat en fin de contrat. Il faut également prévoir les modalités permettant de définir le montant de cette indemnité de reprise.

**On recommandera donc *a minima*, dans le contrat :**

- de prévoir les conditions de restitution des biens de retour en fin de contrat ;

- de prévoir l'établissement d'un état des lieux de sortie contradictoire ;

- de prévoir le versement de pénalités en cas de restitution des biens dans un état moindre que celui qui était défini contractuellement ;

- de prévoir les modalités de reprise des biens appartenant au délégataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service (conditions pour lever l'option, modalités de calcul et de versement de l'indemnité, etc.) ;

- de prévoir les modalités de versement de la part non amortie des biens de retour en fin de contrat, en cas de résiliation ou, le cas échéant et sous réserve que cela soit justifié, à l'échéance normale du contrat.