

# Calcul des pénalités en cas de non-respect de la capacité de traitement des déchets d'ordures ménagères

## Lire les conclusions de :

**Camille Vinet**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Laurent Mallavaux**

Pouvoir de sanction conventionnel du concédant pour manquement aux obligations du concessionnaire d'un service de traitement des ordures ménagères : la modulation limitée des pénalités et surcoûts par le juge administratif

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY01897 – Communauté urbaine de Lyon – 03 octobre 2013 – C [↗](#)

## INDEX

---

### Mots-clés

Concession de service public, Exécution financière du contrat, Pénalités de retard, Exécution du contrat, Ordures ménagères

### Rubriques

Marchés et contrats

## TEXTES

---



[Résumé](#) [Conclusions du rapporteur public](#) [Note universitaire](#)

## Résumé

<sup>1</sup> Appréciation du surcoût supporté par la collectivité pour non-respect des engagements de son concessionnaire exploitant une usine d'incinération et de valorisation d'ordures ménagères.

<sup>2</sup> Selon les stipulations de l'avenant n° 8 au traité de concession, la communauté urbaine est en droit de retenir à son concessionnaire une somme au titre du surcoût qu'elle a supporté pour le traitement d'une quantité de déchets correspondant à la différence entre la capacité de traitement de l'installation de Rillieux-la-Pape et la quantité effectivement traitée. Ce surcoût est déterminé en faisant la différence entre le coût que représente le détournement de cette quantité de déchets et certains postes représentatifs du coût qu'aurait représenté leur traitement par l'unité d'incinération des ordures ménagères de la société concessionnaire.

# Conclusions du rapporteur public

**Camille Vinet**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6138](https://doi.org/10.35562/alyoda.6138)

<sup>1</sup> La communauté urbaine de Lyon a conclu le 29 septembre 1985 un contrat de concession relatif à la construction et à l'exploitation d'une usine d'incinération des ordures ménagères à Rillieux-la-Pape, avec la Cie française d'exploitation thermique (COFRETH), aux droits de laquelle est venu un groupement dont la société Valorly est le mandataire.

<sup>2</sup> Par des titres exécutoires émis les 19 août 2009 et le 19 novembre 2010, la communauté urbaine de Lyon a mis à la charge son concessionnaire les sommes de 639 947, 36 € et 269 207, 64 €, au titre de pénalités découlant de l'exécution du contrat, respectivement pour les années 2007 et 2008.

<sup>3</sup> La communauté urbaine de Lyon (qui s'est bien acquittée de la contribution pour l'aide juridique), relève appel du jugement par lequel le Tribunal administratif de Lyon a déchargé la société Valorly des sommes qui avaient été mises à sa charge, à hauteur de 589 947, 36 € s'agissant du titre exécutoire émis le 19 août 2009, et en totalité, s'agissant du titre exécutoire du 19 novembre 2010.

<sup>4</sup> La communauté urbaine de Lyon critique tout d'abord l'application qu'a faite le tribunal administratif de la jurisprudence « M. et Mme Leniau » (CE 12 juillet 2002, n° 236125, A).

<sup>5</sup> De fait, pour décharger, dans les proportions que nous avons indiquées, la société Valorly de son obligation de payer, le tribunal administratif retenu que la communauté urbaine de Lyon n'apportait aucun justificatif aux pénalités infligées et a refusé de prendre en compte les justificatifs qu'elle n'avait produit qu'après l'audience, dans une note en délibéré.

<sup>6</sup> En premier lieu, nous pensons qu'ainsi que l'a relevé le tribunal administratif, les éléments apportés par la communauté urbaine de Lyon dans sa note en délibéré auraient pu être produits bien avant.

<sup>7</sup> La communauté urbaine de Lyon soutient qu'elle n'avait aucune raison de les produire compte tenu du caractère succinct de l'argumentation. Mais nous pensons au contraire que, dès lors que le bien-fondé des pénalités fondant les titres exécutoires était contesté devant une juridiction, elle devait apporter toute explication et tout justificatif permettant au tribunal de se faire une idée sur ce point. Peu importait qu'elle ait effectivement adressé les justificatifs de ces

pénalités à la société Valorly en dehors de l'instance, il fallait qu'elle les produise devant le Tribunal administratif qui était saisi de la contestation de leur bien-fondé.

<sup>8</sup> Le tribunal administratif aurait-il dû en ordonner la production ? Si nous vous avons proposé dans une autre affaire inscrite au rôle de la présente audience, d'annuler pour irrégularité un jugement qui adopte un raisonnement assez proche (consistant à prendre acte, à son détriment, de ce que la personne publique refuse de s'expliquer), au motif qu'il aurait fallu demander la production des pièces utiles à la solution du litige, c'est parce que, dans cette autre affaire, relative à une procédure de passation d'un marché, la personne publique invoquait le secret des affaires . Le doute étant permis sur les conditions de communication des pièces utiles à la solution du litige, nous vous avons proposé de considérer que le tribunal administratif aurait dû demander à la personne publique de les produire, quitte à organiser des modalités particulières de communication.

<sup>9</sup> Mais en l'espèce, aucun motif légitime n'explique le refus de la communauté urbaine de Lyon de s'expliquer devant le tribunal administratif, qui n'était dès lors pas tenu de lui demander de produire des éléments propres à assurer sa défense.

<sup>10</sup> Le tribunal administratif nous paraît donc avoir fait une application tout à fait orthodoxe de la jurisprudence « Leniau-Abounkhila » (CE 27 février 2004, Préfet des Pyrénées orientales c/ Abounkhila, n° 252988, A : la solution Leniau ne vaut pas seulement pour la note en délibéré mais pour toute production - mémoire, pièces - postérieure à la clôture de l'instruction) : alors même que les éléments apportés par la communauté urbaine de Lyon auraient peut-être pu changer la solution qu'il a adoptée, il n'était pas tenu de rouvrir l'instruction et de renvoyer l'affaire, dans la mesure où rien n'avait fait obstacle à ce qu'ils soient produits avant la clôture.

<sup>11</sup> La communauté urbaine de Lyon cite, en second lieu, un arrêt de la Cour de Bordeaux qui estime, dans l'espèce qui lui est soumise, que le tribunal administratif aurait dû, dans l'intérêt d'une bonne justice, rouvrir l'instruction et annuler de ce fait pour irrégularité le jugement attaqué : CAA Bordeaux 9 juin 2011, Commune de Limoges, n° 09BX01572, C. Cet arrêt n'est pas fiché et nous pensons en tout état de cause que la solution qu'il retient procède davantage de l'application de la jurisprudence « GIE Garde ambulancière » que de la jurisprudence « Leniau-Abounkhila » (CE 15 décembre 2010, GIE Garde ambulancière, n° 330867, B : lorsque le préjudice est certain dans son principe, le juge du fond ne doit pas rejeter au motif que le montant du préjudice n'est pas établi. Le cas échéant, il doit ordonner une mesure d'instruction).

<sup>12</sup> Nous vous signalons toutefois un autre arrêt, rendu par la CAA de Marseille, qui lui est classé C+, fiché précisément sur le point qui nous intéresse : CAA Marseille 17 juin 2010, Communauté d'agglomération Perpignan Méditerranée, n° 10MA01027, 10MA01028, C+, et commenté par notre collègue L. Marcovici à la semaine juridique administrations et collectivités territoriales n° 48, 29 novembre 2010, 2351.

<sup>13</sup> Dans cet arrêt, la Cour administrative d'appel de Marseille accepte de contrôler l'opportunité du choix des premiers juges dans la mise en œuvre de ce que le Conseil d'État qualifie de simple faculté. Elle apporte donc une inflexion à la jurisprudence du Conseil d'État qui a défini limitativement les cas dans lesquels un refus de rouvrir l'instruction constitue une irrégularité. Il est vrai que dans l'affaire qu'elle a eu à juger, la non réouverture de l'instruction par les premiers juges, les ont conduits à accueillir un moyen qu'ils savaient non fondé suite à la production d'une note en délibéré.

<sup>14</sup> Toutefois, il nous semble c'est la logique même de la jurisprudence précitée du Conseil d'État que de faire prévaloir une certaine discipline procédurale sur la vérité contentieuse. Et le Conseil d'État a réaffirmé régulièrement cette logique :

<sup>15</sup> V. par ex, pour les plus récentes, CE 19 décembre 2008, Montmeza et Mme Lancon, 297716, B, aux conclusions contraires de J. Boucher ; CE 30 décembre 2009, Bohnert, n° 327334, B (s'agissant de la production de pièces nouvelles postérieurement à la clôture de l'instruction). V. encore CE 22 mai 2013, M. Clabaut, n° 350551, B (circonstance de droit nouvelle : revirement de jurisprudence du Conseil d'État, survenue peu avant la clôture de l'instruction). V. également CE 11 mai 2011, Sté Barthas Immobilier, n° 327690, B.

<sup>16</sup> D'après le commentaire précité, la solution retenue par la Cour de Marseille a vocation à ne s'appliquer qu'aux tribunaux administratifs et lorsque les éléments produits après clôture peuvent être pris en compte par le juge d'appel. Il s'agit d'éviter que la voie de l'appel soit rendue inévitable par la non prise en compte d'éléments qui auraient pu conduire à une solution différente.

<sup>17</sup> Nous comprenons ce raisonnement et il est vrai qu'il paraît quelque peu contre nature d'accueillir un moyen que l'on sait non fondé, ou, dans une hypothèse que nous avons déjà vue et regrettée (CAA 12 juillet 2012, Université PMF Grenoble II, 11LY00869, C), de rejeter une demande pour défaut de qualité pour agir alors qu'une expertise a été ordonnée et que les justificatifs sont produits le jour de l'audience.

<sup>18</sup> Mais la jurisprudence du Conseil d'État a pour souci de préserver l'efficacité de la clôture d'instruction et nous ne voyons pas de motif de remettre en cause l'équilibre qu'elle définit, lequel, au demeurant,

nous paraît satisfaisant. Ainsi que le relevait C. Devys dans ses conclusions sur la décision précitée « Préfet des Pyrénées orientales c/ Abounkhila », « la clôture de l'instruction doit emporter des conséquences rigoureuses, étant entendu que, dans le cas contraire, les parties seraient incitées à n'en tenir aucun compte. ». Outre la perte de temps pour la juridiction qu'implique la réouverture de l'instruction après l'audience (nouvelle audience, nouvelles conclusions du rapporteur public, nouveau projet du rapporteur, voire nouvelle séance d'instruction), admettre une telle chose lorsque seul un manque de diligence d'une partie est en cause, c'est faire perdre à la juridiction la maîtrise du temps du procès. Si les parties peuvent indéfiniment apporter des éléments nouveaux sans tenir compte de la clôture de l'instruction et de la date annoncée de l'audience, le terme du procès dépend uniquement de leur attitude plus ou moins diligente, ce qui peut être d'ailleurs également nuisible à la partie plus vulnérable. C'est pourquoi la jurisprudence du Conseil d'État prévoit qu'hors les cas où il y est tenu, le juge peut apprécier, au cas par cas, s'il souhaite rouvrir ou non l'instruction.

<sup>19</sup> Par ailleurs, il paraît assez logique que ce soit la partie qui n'a pas été diligente qui, le cas échéant, doive faire appel pour obtenir satisfaction.

<sup>20</sup> C'est pourquoi nous ne vous proposerons pas de suivre la position de la Cour de Marseille et que nous vous proposons de vous en tenir à la jurisprudence du Conseil d'État, que le tribunal administratif a appliquée en l'espèce. Le jugement n'est pas irrégulier.

<sup>21</sup> Nous en venons à présent aux questions de fond soulevées par le litige.

<sup>22</sup> Si vous disposez désormais de justificatifs produits par la communauté urbaine de Lyon, il nous semble que c'est seulement si vous parvenez au constat que les pénalités sont fondées que vous devrez censurer la solution retenue par le tribunal administratif.

<sup>23</sup> Ainsi qu'il a été dit, la communauté urbaine de Lyon et la COFRETH, aux droits de laquelle vient la société Valorly, ont signé un contrat de concession relatif à la construction et à l'exploitation d'une usine d'incinération et de valorisation des ordures ménagères. Divers avenants ont été passés après la signature de ce contrat le 29 septembre 1985.

<sup>24</sup> La mise en service de l'usine est intervenue en 1989 et le concessionnaire s'est engagé à respecter un objectif contractuel de traitement des déchets, de 180 000 tonnes par an, au moyen de 2 fours d'incinération de capacité nominale unitaire de 12 tonnes par heure à un Pouvoir calorifique inférieur (PCI) moyen de 2 200 Kwh/Kg.

25 Le PCI correspond à la quantité de chaleur dégagée par la combustion complète d'une unité de combustible. Le niveau de la capacité annuelle de traitement dépend du PCI moyen des déchets.

26 Le concessionnaire a eu des difficultés à atteindre les objectifs qui lui avaient été fixés. Les avenants n° 8 et 10, signés respectivement le 1er avril 2004 et le 11 décembre 2006, ont eu pour objet de définir une méthodologie contractuelle de calcul du PCI et d'apporter des précisions sur les obligations de traitement incombant au concessionnaire. Notamment, l'avenant n° 010 prévoit que l'autorité délégante pourra appliquer des pénalités pour non-respect des objectifs contractuels en termes de tonnes de déchets traités par l'usine.

27 La capacité contractuelle annuelle de base de l'installation est déterminée, selon l'avenant n° 10, sur la base de la valeur du PCI selon la méthode contractualisée à l'avenant n° 08, appliquée à une disponibilité annuelle de 7 500 heures par ligne, auquel il convient d'ajouter, à compter du 1er janvier 2007, pour tenir compte de travaux de renouvellement, un complément de 2 000 tonnes. Il s'agit de la capacité de base. Le délégataire doit traiter sur le site, ou le cas échéant, organiser et prendre en charge les détournements nécessaires, pour garantir la réception de déchet à hauteur de cette capacité.

28 Plus précisément, il résulte de l'article 16.4 de l'avenant n° 8 du 1er avril 2004 qu'en cas de non-respect de la capacité de traitement, telle qu'elle résulte de la méthodologie de calcul du PCI définie à l'annexe 8, le délégataire versera au Grand Lyon des indemnités correspondant aux surcoûts supportés par ce dernier pour le traitement des déchets non accueillis dans l'UOIM, à comparer avec le coût qui aurait résulté de leur traitement par l'UIOM. Ces surcoûts s'entendent des coûts de détournement des déchets par le Grand Lyon sur d'autres sites de traitement, pour le mois considéré, sur présentation de justificatifs, diminués des éléments proportionnels de facturation « rp », « rpr » et « rpmec » pour le mois considéré, définis respectivement aux articles 2 de l'avenant 3, 1 de l'avenant 4 et 11.2 de l'avenant 8.

29 L'avenant n° 010 complète par ailleurs l'article 45 du cahier des charges du traité de concession : au-delà du tonnage correspondant à la capacité de base, le délégataire doit s'efforcer de prendre en charge des tonnages complémentaires provenant de la communauté urbaine de Lyon. En cas de défaillance, des pénalités forfaitaires sont appliquées : 30 € par tonne non traitée pour le 1er bloc de 1 000 tonnes supplémentaires, 20 € par tonne non traitée pour le 2ème bloc de 1 000 tonnes supplémentaires. À l'inverse, dans l'hypothèse où le concessionnaire parvient à remplir sa mission, il reçoit 20 € par tonne

traitées pour les 2 1ers blocs de 1 000 tonnes supplémentaires par rapport à la capacité de base et 30 € pour toute tonne supplémentaire traitée.

30 La communauté urbaine de Lyon a appliqué ces deux types de pénalités au titre de l'année 2007. Au titre de l'année 2008, seules les pénalités prévues à l'article 16.4 de l'avenant n° 08 ont été appliquées.

31 Pour apprécier le caractère justifié des pénalités appliquées au titre de l'article 16.4 de l'avenant n° 8, quatre étapes sont nécessaires, rappelées par la communauté urbaine de Lyon dans ses écritures :

32 1. Calculer la quantité contractuelle résultant de l'application des stipulations précitées, ce qui implique de calculer le PCI ;

33 2. Comparer cette quantité avec la quantité annuelle de déchets traitées par l'usine d'incinération ;

34 3. Le cas échéant, en cas de constat d'un tonnage inférieur aux objectifs contractuels, calculer le surcoût à la tonne supporté par la communauté urbaine de Lyon ;

35 4. En déduire le montant des pénalités applicables.

36 Nous les prenons dans l'ordre.

37 La société Valorly critique les modalités de calcul du PCI qui ont conduit au constat du non-respect des objectifs contractuels pour l'année 2007. Elle soutient qu'elles ne sont pas conformes au protocole annexé à l'avenant n° 08. Une telle chose ne nous paraît pas établie. Les documents qu'elle produit proposent une méthode d'évaluation du PCI mais, d'une part, ils ne permettent pas de tenir pour établi que l'évaluation du PCI faite par le cabinet Merlin, à la demande de la communauté urbaine de Lyon, ne serait pas conforme aux stipulations du contrat, alors que ce cabinet a apporté des corrections à ses travaux initiaux. Plus précisément, le cabinet Merlin a finalement fait application de la puissance forfaitaire fixée par l'avenant n° 08 pour calculer le PCI, en se contentant de calculer la puissance réelle en tenant compte des durées de fonctionnement des différentes installations, ainsi que le démontre le tableau figurant en annexe 2 de son rapport final. Quant à la température de référence, initialement évaluée à 25°C par le cabinet Merlin dans son rapport final, sur le fondement d'une norme qui n'était effectivement pas applicable au regard du contrat, elle a été ramenée à 15°C, et le PCI modifié en conséquence. Cela ressort du courrier de la communauté urbaine de Lyon du 5 août 2009. D'autre part, la société Valorly ne propose aucune évaluation du PCI pour les années en cause.

38 Quant au recours à l'échantillonnage, ni la lecture du rapport du Pr Roubaty, ni la lecture des documents contractuels ne nous convainc qu'il ne serait pas conforme à ces derniers.

39 Enfin, si la société Valorly allègue qu'elle aurait subi un défaut de livraison de déchets en août 2007, imputable à la communauté urbaine de Lyon, qui aurait eu impact sur le PCI, elle n'apporte aucun élément permettant d'en apprécier la réalité et l'importance.

40 Par ailleurs, il va de soi qu'alors même que des améliorations pourraient être apportées à la méthode contractuelle de calcul du PCI, seule cette méthode contractuellement définie est applicable.

41 Nous vous proposons de valider le premier élément du raisonnement, tel que calculé par la communauté urbaine de Lyon, c'est-à-dire une capacité de base de 154 239 tonnes pour l'année 2007, tenant compte d'un PCI de 2 237 Kcal/kg.

42 S'agissant du 2ème élément, la société Valorly ne conteste pas avoir traité 142 206 tonnes et avoir détournées à ses frais 4 407 tonnes ainsi que le soutient la communauté urbaine de Lyon, soit 146 613 tonnes.

43 La différence est donc de 7 626 tonnes ouvrant droit à indemnité sur la base du surcoût à la tonne du détournement des déchets.

44 Cette nouvelle étape du raisonnement est également critiquée par la société Valorly. La communauté urbaine de Lyon a évalué le surcoût moyen annuel pour 2007 d'enfouissement des déchets, à la somme de 77, 36 € TTC la tonne.

45 Pour cela, elle a évalué à 115, 52 € TTC la tonne le coût annuel d'enfouissement des déchets, contre 38, 16 € TTC la tonne si les déchets sont traités par l'UIOM exploitée par la société Valorly.

46 La société Valorly conteste le nombre de tonnes que la communauté urbaine de Lyon soutient avoir dû détourner à ses frais. Elle soutient qu'il n'est pas établi que ces déchets seraient de même nature que ceux qu'elle devait traiter aux termes de son engagement contractuel. Elle indique qu'il pourrait s'agir de déchets issus de refus de tri, qui ne seraient pas visés dans le traité de concession. Le doute qu'elle émet provient de l'intitulé de la facture émise par l'entreprise Nicollin : « ordures ménagères et déchets divers ». Mais le mandat de paiement et le pré-mandat de paiement indiquent bien qu'il s'agit d'ordures ménagères. Nous vous proposons d'écarter le moyen.

47 La société Valorly soutient ensuite que la communauté urbaine de Lyon a méconnu le principe de proximité consacré à l'article L. 541-1 du code de l'environnement, dont il résulte que le transport des déchets doit être limité en distance et en volume. Elle ne peut utilement se prévaloir de l'objectif fixé par ces dispositions pour remettre en cause la réalité des coûts de traitement des déchets supportés par la communauté urbaine de Lyon. Néanmoins, il nous semble que si un site anormalement lointain avait été choisi pour détourner les déchets litigieux, la société Valorly pourrait demander

que le surcoût en résultant soit neutralisé. Une telle chose ne résulte cependant pas de l'instruction. La communauté urbaine de Lyon a passé un marché de prestations de service en vue de transporter, stocker et mettre en centre d'enfouissement les déchets non traités par l'UIOM exploitée par la société Valorly. Le cahier des charges de ce marché imposait au titulaire de veiller à étudier toutes les possibilités permettant d'optimiser d'un point de vue économique et environnemental le transport routier des déchets et de choisir un ou des centres de traitement les plus proches possibles afin de limiter les coûts de transport et les nuisances environnementale. Il ne résulte pas de l'instruction que ces stipulations auraient été méconnues. En particulier, il n'est pas établi que les déchets envoyés au centre de Roche-la-Molière auraient en réalité pu être accueillis au centre de Saint-Romain-en-Gal, plus proche, eu égard à ses capacités.

48 La société Valorly soutient enfin que ce ne sont pas 16 142 tonnes que la communauté urbaine de Lyon a dû prendre en charge, mais 15 843 tonnes. Ce calcul est exact si l'on se fonde sur les pièces produites par la communauté urbaine de Lyon en appel. Toutefois, si vous prenez les pièces produites à l'appui de la note en délibéré, qui font parties des pièces du dossier de première instance, qui sont plus complètes, les chiffres retenus par la communauté urbaine de Lyon sont exacts.

49 En nous fondant sur ces mêmes pièces, nous trouvons cependant que le coût total de la prise en charge de ces déchets supplémentaires s'est élevé à 1 841 930, 58 € TTC et non à la somme de 1 864 682, 42 € TTC retenue par la communauté urbaine de Lyon. Il s'ensuit que le coût moyen de prise en charge de la tonne de déchet est de 114, 11 € par tonne et non de 115, 52 € par tonne. Le surcoût supporté par la communauté urbaine de Lyon est donc de 75, 95 € et non de 77, 36 €.

50 Appliqué aux 7 626 tonnes qui auraient dû être traitées aux termes du contrat, la pénalité s'élève à la somme de 579 194, 70 € et non à la somme de 589 947, 36 € retenue par la communauté urbaine de Lyon, soit une différence de 10 752, 66 €.

51 S'agissant de la pénalité prévue à l'article 45 du traité de concession, appliquée au titre de l'année 2007, la société Valorly soutient que cette pénalité forfaitaire, d'un montant de 50 000 € en l'espèce, équivaut à une double sanction puisqu'elle est générée par un défaut de traitement de volumes de déchets qui est déjà sanctionné en application de la pénalité calculée en application de l'article 16.4 de l'avenant n° 08. Mais, d'une part, si le contrat le prévoyait, rien n'interdirait la double sanction alléguée. D'autre part, en tout état de cause, les deux types de pénalités ont deux assiettes différentes. Celle que nous venons de voir a pour assiette la différence entre l'objectif contractuel, qui avait été augmenté de 2 000 tonnes par avenant, et

le tonnage réellement traité, soit 7 626 tonnes en l'espèce. L'autre pénalité a pour assiette les 2 000 tonnes supplémentaires apportées au-delà de la capacité contractuelle de base, telle qu'elle a été modifiée. Les 1 000 premières font l'objet d'une pénalité de 30 € par tonne et les 1 000 suivantes d'une pénalité de 20 €, soit 50 000 € au total en l'espèce, puisque la communauté urbaine de Lyon a apporté plus de 2 000 tonnes au-delà de la capacité de base de l'UIOM.

52 La société Valorly vous demande enfin de modérer le montant des pénalités mises à sa charge par la communauté urbaine de Lyon en se prévalant de la jurisprudence « OPHLM de Puteaux » (CE 29 décembre 2008, n° 296930, A). Toutefois, à supposer même que cette jurisprudence, rendue en matière de pénalités de retard, puisse s'appliquer à des pénalités sanctionnant le non-respect d'objectifs de performance, calculées, en outre, proportionnellement au préjudice subi, le concessionnaire ne vous donne pas les moyens d'apprécier si une telle modulation serait justifiée en l'espèce. De fait, le caractère manifestement excessif des pénalités ne peut s'apprécier que par rapport au montant du chiffre d'affaire réalisé par l'UIOM. À défaut d'une telle indication, vous ne pourrez, en tout état de cause, faire droit à cette demande.

53 Si vous nous suivez, le titre exécutoire émis au titre de l'année 2007 doit être ramené à la somme de 629 194, 70 € (579 194, 70 + 50 000 €), la société Valorly doit en être déchargée à concurrence de la somme de 10 752, 66 €, et le jugement doit être censuré en ce qu'il diminue le titre exécutoire et décharge la société au-delà des sommes indiquées.

54 S'agissant du titre exécutoire émis pour l'année 2008, nous n'avons pas vu de critiques autres que celles, de principe, que nous avons examinées. Le titre exécutoire nous paraît devoir être entièrement validé et la solution retenue par le Tribunal administratif censurée sur ce point.

55 Dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, vous examinerez le moyen tiré de l'irrégularité des titres exécutoires pour défaut d'indication des bases de liquidation.

56 Nous pensons que vous pourrez l'écarter. Ceux-ci mentionnent la base légale de la créance et la notification du titre exécutoire du 19 août 2009 avait été précédée de l'envoi d'un courrier du 5 août 2009, faisant suite à de précédents échanges sur le montant des pénalités, qui explicitait leurs modalités de calcul. De telles explications figuraient également dans la lettre de la communauté urbaine de Lyon du 26 mars 2010, qui était mentionnée, en tant qu'annexe, dans le courrier accompagnant le titre exécutoire du 19 novembre 2010.

57 Si vous nous suivez, vous vous bornerez à réduire le montant du titre exécutoire émis le 19 août 2009 par la communauté urbaine de Lyon à la somme déjà mentionnée et à accorder la décharge à hauteur de la somme également déjà indiquée, et reformerez le jugement en ce qu'il a de contraire.

58 La société Valorly est la partie perdante, mais compte tenu des circonstances qui ont motivé l'appel, nous vous proposons de ne pas faire droit aux conclusions de la communauté urbaine de Lyon présentées au titre de l'article L761-1 du code de justice administrative.

59 Tel est le sens de nos conclusions.

# Note universitaire

## Pouvoir de sanction conventionnel du concédant pour manquement aux obligations du concessionnaire d'un service de traitement des ordures ménagères : la modulation limitée des pénalités et surcoûts par le juge administratif

**Laurent Mallavaux**

Doctorant en droit public à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 et consultant fiscal à la société 7Partners, Lyon

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6139](https://doi.org/10.35562/alyoda.6139)

<sup>1</sup> *Le concessionnaire n'ayant pas respecté les obligations stipulées au traité de concession ne peut ni contester les sanctions conventionnellement prévues ni en demander la modulation, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1152 du Code civil, au juge du contrat dès lors que les sanctions ne revêtent pas un caractère manifestement excessif.*

<sup>2</sup> *Le cas échéant, les montants dus par application d'une sanction contractuelle ne peuvent être modulés que si la sanction s'apparente à des pénalités de retard. Que si la modulation semble être admise pour des pénalités dites de bonus/malus, elle ne peut, en tout état de cause, être appliquée pour la sanction visant à faire assurer l'obligation mal exécutée par un autre prestataire ou par le concédant, aux risques et frais du concessionnaire défaillant.*

<sup>3</sup> *De ce fait, une communauté urbaine (et en général toute collectivité publique), est en droit, à l'encontre de son cocontractant, concessionnaire d'une usine de traitement et de valorisation des déchets ménagers, d'enclencher tous mécanismes de sanctions si une mauvaise gestion de l'exploitation est avérée. Ainsi constitue une mauvaise exécution justifiant les sanctions, le non-respect d'objectifs de traitements de déchets fixés par avenant au traité de concession.*

<sup>4</sup> La plasticité des pouvoirs du juge des contrats administratifs couplée aux évolutions récurrentes du droit de la commande publique, favorise l'accroissement du contentieux des contrats administratifs, notamment concernant les concessions de service public. Toutefois, la sanction pour manquement aux obligations conventionnelles du concessionnaire (ou sanction pour faute) est un classique de la jurisprudence des contrats administratifs.

<sup>5</sup> Il est admis, depuis plus d'un siècle, que le pouvoir de sanction est un pouvoir inhérent aux contrats administratifs puisque « *si aucune sanction (...), n'a été expressément prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins de la part de l'entrepreneur l'inexécution de ses obligations et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité (...) à raison du préjudice qui en est résulté pour elle* » (**Conseil d'Etat, 31 mai 1907, req. n° 16.324**, Sieur Deplanque, Lebon p.513, concl. Romieu ; *D.* 1907.3.81 ; *RD publ.* 1907.678, note Jèze ; *S.* 1907.3.113, note Hauriou). Mieux, le concédant peut l'enclencher sans la saisine préalable du juge (**C.E., sect., 27 janv. 1933**, Sieur Le Loir, Lebon p.136, v. n° 92.2 et C.E., 21 mai 1982, req. n° 20414, Société de protection intégrale du bâtiment, Lebon p.183) .

<sup>6</sup> Trois types de sanctions - pour inexécution - peuvent être distingués : *les sanctions pécuniaires (dommages et intérêts et pénalités), les sanctions coercitives (contrainte, mise sous séquestre), la sanction résolutoire (déchéance du concessionnaire)* qui ne peut être prononcée que par la voie juridictionnelle sauf à ce que les stipulations n'en disposent autrement (**C.E., 20 janv. 1905**, Compagnie départementale des eaux, Lebon p.57, concl. Romieu ; C.E., 21 nov. 1980, req. n° 01458 08942, Syndicat intercommunal d'organisation de la station de Peyresourde-Balestas, Lebon p.438) .

<sup>7</sup> Les faits de l'espèce concernent deux de ces sanctions : la pénalité pour exécution insuffisante du service de traitement des ordures ménagères et la mise sous séquestre du concessionnaire, soit la substitution temporaire et aux frais et risques de ce dernier, par le concédant (**C.E., 30 mars 1927**, Société de l'énergie industrielle, **Lebon p.1063**; **C.E., 23 juin 1944, R.D.P.** 1945, 101, concl. Odent).

<sup>8</sup> Certes, la sanction pour défaut du cocontractant est une prérogative de puissance publique ; il n'en demeure pas moins que la liberté contractuelle accordée aux parties permet de prévoir, dans les stipulations de la convention, des mesures de sanction « discutées » voire « négociées » (c'est le cas, pour la plupart des concessions, des dommages et intérêts ou des pénalités de retard ou pénalités d'inexécution, ce qui se vérifie dans notre arrêt).

<sup>9</sup> Pour contrôler ce « synallagmatisme », le juge administratif a pris, depuis plusieurs années, la pleine mesure de ses pouvoirs en matière administrative et contractuelle : annulation, résiliation, substitution ou réformation du contrat, indemnisation, modulation voire même interprétation de la volonté des cocontractants (sur la base de la loyauté contractuelle, par exemple, C.E., Assemblée, 28 déc. 2009, req. n° 304802, Commune de Béziers dit « Béziers I », Lebon p.509, concl. Glaser, *G.A.J.A.* n° 0118, pp.939-956), et l'injonction de reprise

des rapports contractuels après résiliation (C.E., sect., 21 mars 2011, req. n° 304806, Commune de Béziers dit « Béziers II », concl. Cortot-Boucher, G.A.J.A n° 0118, pp.939-956.)

10

Bien qu'il soit une prérogative traditionnelle, le pouvoir de sanction est une mesure de « gestion » courante des concessions de service public pour lequel le juge peut être amené à se prononcer tant sur sa validité que sur son applicabilité aux parties (Cour administrative d'appel de Lyon, 4<sup>ème</sup> ch., 3 oct. 2013, req. n° 12LY01897, Communauté urbaine de Lyon et Société Valorly).

11

La Communauté urbaine de Lyon (ci-après COURLY), établissement public de coopération intercommunale (ci-après E.P.C.I.) compétent en matière d'assainissement et de traitement des ordures ménagères sur son territoire, a confié par concession à la Compagnie française d'exploitation thermique (COFRETH) (aux droits de laquelle est venu un groupement dont le mandataire la société Valorly filiale de la SITA Centre-Est - SUEZ environnement), l'exploitation d'une usine d'incinération et de valorisation des ordures ménagères (ci-après U.I.O.M.), située à Rillieux-la-Pape depuis le 29 septembre 1985. Au titre de l'exécution du contrat (ou plutôt de sa non-exécution), la COURLY a émis deux titres exécutoires, datés du 19 août 2009 et du 19 novembre 2010, mettant à la charge du concessionnaire les sommes de 639 947, 36 euros (année 2007) et 269 207, 64 euros (année 2008) tenant aux surcoûts engendrés pour la collectivité du fait du refus d'accueil des déchets par U.I.O.M. gérée par le concessionnaire. Résolue à ne pas s'acquitter de ces sommes auprès de l'E.P.C.I., la société Valorly avait saisi le Tribunal administratif de Lyon pour en obtenir la décharge, notamment en alléguant une insuffisance de justificatifs des surcoûts supportés par la COURLY. Accueillie partiellement en première instance, le premier titre exécutoire s'est vu ramené à 50 000 euros, la société étant totalement déchargée du deuxième. La COURLY a donc formé appel devant la Cour administrative de Lyon par une requête enregistrée le 23 juillet 2012 aux fins d'annuler le jugement du Tribunal administratif de Lyon et de rétablir les sommes demandées dans les titres exécutoires. Plus accessoirement, la société Valorly a formé un appel incident en date du 8 avril 2013 et qui, à titre principal, demande le rejet de la requête de la COURLY et à titre subsidiaire de moduler les sommes émanant des titres exécutoires.

12

La Cour va accéder aux demandes de la COURLY en annulant le jugement en date du 16 mai 2012 du Tribunal administratif et en maintenant la quasi intégralité des sommes dues par le cocontractant de l'E.P.C.I., se fondant notamment sur le fait « *que la COURLY justifie, par des factures et mandats de paiement, des détournements de déchets qu'elle a été amenée à réaliser, et qui doivent servir de base pour calculer la pénalité résultant des stipulations précitées ; qu'elle est, par suite, fondée à soutenir que c'est à tort que le*

*Tribunal s'est fondé sur l'absence de tels justificatifs pour prononcer la décharge de l'obligation de payer les sommes en litige ».*

Corollairement, la Cour va rejeter la demande de modulation de la société puisque « *d'une part, que les sommes mises à la charge de la société Valorly (...) bien qu'elles soient qualifiées de pénalité par les parties, aboutissent seulement à indemniser la COURLY des surcoûts qu'elle a effectivement supportés ; qu'ainsi, elles ne peuvent être regardées comme des pénalités (...)* » et « *d'autre part, s'agissant des pénalités dues au titre du système de bonus-malus (...) la société Valorly n'apporte aucun élément sur la rémunération qu'elle perçoit de l'exécution du contrat en cause ; que, par suite, sa demande tendant à la modulation des pénalités n'est pas assortie des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé* ». Les titres exécutoires de 2009 et de 2010 (voir sur ce point les conclusions du rapporteur C. Vinet) ont donc été rétablis au profit du Grand Lyon, imposant le paiement des sommes dues à la société Valorly.

<sup>13</sup> L'arrêt en question, sans être novateur, n'en est pas moins intéressant pour les collectivités qui doivent faire face à une mauvaise exécution d'un service public concédé et qui peuvent, pour diverses raisons, hésiter à appliquer les clauses de sanctions (I). De même, la Cour a rappelé que seules les parties aux contrats étaient tenues par les clauses de la convention et, qu'ainsi, les dénominations émanant de celles-ci n'entraînent pas, nécessairement, une qualification à l'identique par ses juges. Aussi est-ce le cas, ici, des « pénalités » pour lesquelles, le juge du contrat se réserve le droit d'en moduler ou non, les montants selon les faits qui lui sont soumis (II).

## I.- Les clauses de sanction dans les contrats de concession : une solution concrète à la mauvaise exécution du service public concédé

<sup>14</sup> La délégation de service public est un mode de gestion des services publics protéiforme, défini comme « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* » (art. 38, L. n° 93-122, 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « *loi SAPIN* ») . L'externalisation de la gestion du service public est poussée à son paroxysme (soit la gestion complète prévue à l'article 38 précité) par le biais de la concession de service public et de travaux publics. En effet, dans cette hypothèse, le concessionnaire est en quelque sorte « à la pioche » et « au moulin » car responsable

de la construction des ouvrages initiaux nécessaires au service public et responsable de l'exploitation du service public (ce qui le distingue, en droit français, du concessionnaire de travaux publics qui n'exploite que les ouvrages publics, art. 1<sup>er</sup>, Ord. n° 2009-864, 15 juil. 2009, relative aux contrats de concession de travaux publics) .

15

Si ce contrat paraît être à l'avantage de la personne publique (pas d'investissement matériel), la concession est un des contrats les plus dangereux pour le concédant, les enjeux financiers pouvant dépasser la simple gestion du service public. Il en va justement ainsi du service de traitement des ordures ménagères (C.E., 30 juin 1999, req. n° 198147, Synd. Mixte traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais, Lebon p. 229) qui, une fois le principe de rémunération par redevance établi, devient un service public industriel et commercial (C.E., avis, sect., 10 avril 1992, req. n° 132539, SARL Hofmiller, Lebon p. 159 ; Tribunal des conflits, 12 fév. 2007, req. n°C3526, inédit au Lebon) . Il n'est pas à démontrer le caractère attractif du service de traitement des déchets, comme nombre d'autres services (eau, pompes funèbres, remontées mécaniques, etc.), pour lesquels les candidats sont nombreux.

16

Pourtant, bien que lucratifs et au final peu risqués pour les concessionnaires (à ce sujet voir, D. Capitant, *Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ?*, R.L.C.T., 2009/43 ; J.-B. Vila, *Bilan en demi-teinte d'un service public aux intérêts financiers : les concessions de casinos*, Contrats - marchés publ., n° 02, Février 2013, étude 2 ; S. Ziani, *Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué*, Dr. Adm., n° 05, Mai 2011, étude 10), les concessions ne sont pas gage d'une gestion optimale du service public.

17

Dans ce contexte, la concession liant la COULRY à la société Valorly qui, en 2007 et 2008, a refusé quelques milliers de tonnages de déchets, n'a pas respecté, en conséquence, « *la capacité contractuelle annuelle de base* » fixée par l'avenant n° 010 au contrat, conclu en 2006. Face à ce refus, le Grand Lyon a dû transférer cette charge à un autre site que l'UIOM, ce qui a engendré un « surcoût » inévitable pour l'intercommunalité. Comme le stipule l'article 16.4 de l'avenant n° 8 du 1<sup>er</sup> avril 2004, « *en cas de non-respect de la capacité de traitement, telle qu'elle résulte de la méthodologie de calcul du PCI (...), le délégataire versera au Grand Lyon des indemnités correspondant aux surcoûts - de détournement des déchets - (...)* ».

18

Premièrement, la convention elle-même prévoit des dispositifs de sanction ce qui permet de connaître concrètement la portée de celles-ci, au contraire des sanctions, dites implicites Néanmoins, cette sanction de l'article 16.4 de l'avenant n'apparaît pas comme une sanction pécuniaire, mais comme « un dessaisissement provisoire » par le concédant qui « *fait procéder à l'exécution du contrat (aux)*

*frais et risques du concessionnaire* » (Y. Gaudemet, *Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution*, Revue des contrats, 1<sup>er</sup> janv. 2005, n° 1, p. 133.) . Ainsi, la sanction s'assimile à une mise sous séquestre dont « la pénalité pécuniaire » n'est autre que le remboursement « des surcoûts supportés » par la personne publique et justifiés par la continuité du service public.

<sup>19</sup> Deuxièmement, la Cour précise bien que la société Valorly « ne peut utilement contester les modalités de calcul résultant du protocole annexé ». En effet, un concessionnaire, pour se défaire d'une clause conventionnelle ne peut recourir que soit à un avenant consensuellement accepté (puisqu'existe une prohibition d'une modification unilatérale de la personne publique sur les clauses financières au titre du droit à l'équilibre financier des contrats administratifs), soit à la dénonciation pour illégalité de l'objet d'une clause, ce que le juge administratif tend de moins en moins à faire lorsque le contrat a préalablement et paisiblement été exécuté dans les mêmes conditions (C.E., Ass., 28 déc. 2009, req. n° 304802, Commune de Béziers dit « Béziers I », préc cit.) . Dès lors, sans accord, pas d'évolution des clauses financières qui demeurent applicables « sous réserve de la correction d'erreurs purement matérielles » (voir II ci-après).

<sup>20</sup> Parallèlement, selon les préconisations du rapporteur public et au regard des rapports d'expertises réalisées dans cette affaire, ces modalités de calcul ont été largement acceptées et n'ont été modifiées qu'à hauteur des surcoûts calculés pour 2007 (modification au demeurant très faibles puisque la COURLY avançait un surcoût de 77.36 € TTC la tonne alors que la Cour a finalement retenu un surcoût de 75.95 € TTC).

<sup>21</sup> Par ailleurs, la société Valorly contestait l'article 45 du traité de concession, instaurant une pénalité forfaitaire qui, au final, conduisait à une double sanction pour le non traitement des déchets. Là aussi, la Cour a suivi un raisonnement fondé sur la différenciation entre la sanction comptable et sanction purement pécuniaire.

<sup>22</sup> Lorsque la première ne vient que compenser une dépense comptablement liée à la substitution de la personne publique dans l'exécution du service (ou de son transfert à un tiers prestataire), la deuxième, elle, vient réparer le préjudice causé par le concessionnaire par son inexécution (retard, dommages et intérêts). En conséquence, les objectifs des deux « pénalités » sont différents, tout comme leur assiette (l'article 45 du traité a pour assiette les 2000 tonnes supplémentaires apportées au-delà de la capacité contractuelle de base, l'article 16.4 a pour assiette la différence entre l'objectif contractuel et le tonnage effectivement traité).

23

De plus, en vertu de la liberté contractuelle qui caractérise les contrats administratifs (voir not. Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; ibid. 473, note G. Marcou ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; ibid. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; GDCC, 15e éd. 2009. n° 046 ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; ibid. 2007. 564, note A. Levade ; ibid. 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier : JO 8 déc. 2006, p. 18544. ; C.E. 7 février 1986, req. n° 35331 35423 35441, Association FO Consommateurs et autres, Lebon. p. 31 - C.E. Sect. 28 janv. 1998, req. n° 138650, Société Borg Warner, CJEG 1998, p. 269, chron. F. Moderne ; C.E. 27 avril 1998, req. n° 184473 184557, M. Cornette de Saint-Cyr, AJDA 1998, p. 831, concl. Maugué ), même si l'assiette des sanctions avaient été identiques, « rien n'interdirait la double sanction » si elle est prévue au contrat (voir C. Vinet, concl. de notre arrêt) .

24

En conséquence, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon tend à montrer la voie aux personnes publiques responsables d'un service public concédé et qui se heurtent à la mauvaise exécution ou à l'inexécution de certaines clauses de leur contrat. Dans les relations contractuelles s'inscrivant dans la durée, le rapport de force entre personne publique et concessionnaire tend à se déséquilibrer, favorisant l'asymétrie d'informations sur la gestion du service, au détriment de la personne publique. Pour éviter l'accroissement de ce déséquilibre, le concédant doit faire un bon usage des prérogatives de puissance publique qui sont à sa disposition afin de faire respecter les obligations du concessionnaire, tel le titre exécutoire dans notre affaire.

25

L'importance des clauses conventionnelles (régulières et licites) est non négligeable pour les personnes publiques puisque, en cas de mise en jeu des pénalités financières contractuelles, les concédants n'ont pas l'obligation du préalable juridictionnel. Le juge qui, après infliction des pénalités, ne se limite qu'à contrôler l'erreur manifeste dans l'enclenchement de celles-ci et ne fait pas de la modulation de ces dernières, « un droit acquis » au plaignant.

## II.- Les pénalités financières conventionnelles : une modulation rationnelle et non systématique par le juge

26

Les pénalités financières, qui peuvent atteindre des sommes extrêmement importantes, sont un enjeu économique majeur pour les cocontractants. La balance de l'équation financière des contrats peut très vite basculer pour le concessionnaire négligeant. A l'origine, le juge administratif refusait de moduler les pénalités de retard à la demande des entreprises déficientes en ce sens : « *elles ne sauraient,*

*par ailleurs, utilement demander au juge administratif, sur le fondement des dispositions de l'article 1152 du code civil, la réduction du taux desdites pénalités » (C.E., 13 mai 1987, req. n° 35374 50006 50065, CITRA France, Lebon p.821, D. 1987, somm., p. 433, obs. Ph. Terneyre, RFD publ. 1988 p.1427).*

27

Aussi, l'inspiration du droit privé étant de plus en plus forte au sein de la commande publique, le juge a revu sa position dans un arrêt qui fait, désormais, jurisprudence (C.E., 29 déc. 2008, req. n° 296930, *Office public d'habitation à loyers modérés de Puteaux, Contrats - marchés publ.* 2009, comm. 40, G. Eckert) . Cependant, si les parties à un contrat administratif peuvent se prévaloir de l'alinéa 2 de l'article 1152 du code civil (« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »), il n'en demeure pas moins que le juge administratif ne fait que « s'inspirer » de cet alinéa.

28

Notamment, le juge administratif ne peut d'office, contrairement au juge civil, moduler les montants manifestement excessifs (ou dérisoires) des sanctions dans les contrats. Ainsi, des sanctions contractuelles « bouleversant l'économie » du contrat ne seront modulées que si les parties font des conclusions expresses en ce sens. Cette position originale du juge administratif tend à s'expliquer par les particularismes reconnus (encore) aux contrats publics (dus au prisme de l'intérêt général). De plus, si l'on a vu que la liberté contractuelle est bel et bien consacrée dans la commande publique, celle-ci n'a pas la même aura que dans les contrats privés où elle est, normalement, le socle des relations entre les parties.

29

Les pénalités, en premier lieu de retard, sont d'origine exclusivement contractuelle puisque ni le code des marchés publics ni la Loi « Sapin » ne prévoient explicitement la fixation de telles pénalités ; l'honneur revenant au cahier des clauses administratives générales pour les marchés publics de Travaux (CCAG Travaux) dont la dernière rédaction remonte à 2009 (arrêté du 8 septembre 2009) . En définitive, la nature exclusivement contractuelle des pénalités de retard aurait dû conduire le juge administratif à se reconnaître compétent d'office pour modérer ou augmenter les pénalités.

30

Comme elle l'avait fait quelques mois plus tôt (C.A.A. Lyon, 28 févr. 2013, req. n° 12LY00477, Société Henri Germain, Contrats - Marchés publ. n° 5, Mai 2013, comm. 14), la Cour lyonnaise a dû se prononcer sur la modulation de pénalités.

31

Dans notre affaire, la question est toutefois plus intéressante, puisqu'il s'agit de savoir si la jurisprudence « *OPHLM de Puteaux* » trouve à s'appliquer quand bien même les pénalités ne sont pas des pénalités de retard (qui sont l'objet de la très grande majorité des

requêtes en modulation) mais des pénalités de bonus/malus. Si la solution est admise pour les pénalités de retard, la question est plus nouvelle pour les pénalités liées à la performance.

<sup>32</sup> La Cour va, en premier lieu, rappeler que pour être modulées, les pénalités doivent être manifestement excessives. Mais la Cour, pour écarter toute modulation des pénalités émises au titre des articles 16.4 de l'avenant n° 08 et 45 du traité de concession, va opérer une dichotomie entre les pénalités.

<sup>33</sup> Même si cela paraît évident, il reste que pour que soit modulée une pénalité, il faut que celle-ci soit regardée comme une « pénalité au sens des principes dont s'inspire l'article 1152 du Code civil ».

<sup>34</sup> Il n'en va pas ainsi pour les pénalités qui « aboutissent seulement à indemniser la COURLY des surcoûts qu'elle a effectivement supportés ». Cette affirmation rejoint l'analyse précédente, soit la différenciation entre l'indemnisation comptable et l'indemnisation moratoire de la personne publique. Une pénalité au sens de l'article 1152 du Code civil, ouvrant la possibilité d'une modulation ne peut être qu'une pénalité dont la finalité est la répression d'un préjudice lié à l'inexécution d'une obligation contractuelle soit, le versement de dommages et intérêts.

<sup>35</sup> Cependant, si la pénalité est définie comme telle par le juge (art. 45 du traité), cette condition n'est pas suffisante pour ouvrir droit à modulation. Il est nécessaire que le requérant assortisse sa demande « des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ». Le rapporteur public cerne ces « précisions » en apportant que « le caractère manifestement excessif des pénalités ne peut s'apprécier que par rapport au montant du chiffre d'affaires réalisé ». Le couperet est ici évident pour les concessionnaires.

<sup>36</sup> Si l'asymétrie d'informations est une réalité avérée dans les concessions de service public (J.-B. Vila, *Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant. - Cas des délégations de service public et des partenariats public-privé, Contrats - Marchés publ.* n° 05, mai 2010 ; S. Ziani, *Dr. Adm.*, n° 05, Mai 2011, étude 10, *op. cit.*) , transmettre les données financières relatives à la composition du chiffre d'affaires relatif à l'exploitation du service public concédé irait à l'encontre des intérêts du concessionnaire. Une communication la plus détaillée possible pour le juge et les parties, pourrait révéler l'optimisation financière de la gestion du service public (*marge d'exploitation réelle, lissage des comptes, rémunération accessoire, amortissements, good will, etc.*) et, en conséquence, exposerait le délégataire à une éventuelle mise à plat en sa défaveur de l'équilibre financier de la convention. La transparence financière est donc la seule issue pour le concessionnaire contre des indemnités qu'il estime excessives.

37 Aussi, le juge du contrat semble de plus en plus attentif aux montants fixés par les parties dans les conventions et au calcul de ceux-ci (voir J.-B. Vila, *L'indemnité d'un cocontractant lors de la résiliation d'une concession. - De la prise en compte de la comptabilité par le juge du contrat à un juge comptable du contrat*, *JCP A* n° 037, 12 sept. 2011, 2294.), permettant de rationaliser le système indemnitaire des conventions.

38 N'est-ce pas, par ailleurs, ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans ses récentes jurisprudences relatives aux indemnisations après résiliation unilatérale des personnes publiques pour intérêt général de contrats de concession ? (C.E., 4 mai 2011, req. n° 334280, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* ; C.E., Ass., 21 déc. 2012, req. n° 342788, *Commune de Douai, Contrat - Marchés publ. 2013*, comm. 41, G. Eckert ; *JCP A* 2013, 2045, J.-B. Vila ; C.E., 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 21 oct. 2013, req. n° 358873, *min. c/ Société SEMIDEP*, concl. B. Bonhert, *Dr. Fisc.* N° 6, 6 févr. 2014.). La Haute juridiction ne s'est imposée aucune restriction pour sanctionner les indemnités « dissuasives » qui transformaient la résiliation pour intérêt général, prérogative de puissance publique primaire, en une clause purement formelle voire de faire de la résiliation pour IG un « non-pouvoir » sans perspective d'application.

39 Ces décisions récentes du juge administratif vont dans le même sens, celui de réhabiliter les autorités publiques concédantes dans leur fonction principale : assurer un contrôle efficace des concessions de service public. Il revient désormais aux personnes publiques d'être vigilantes vis-à-vis des stipulations des traités de concession et de l'application qui en est faite tout au long de l'exécution. En cas contraire, le droit des concessions continuera de tendre vers le déséquilibre en faveur de l'intérêt des concessionnaires pénalisant certainement, les usagers et le service public lui-même.