



Par David
CAPITANT

Professeur
à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ?

Le Conseil d'État intègre expressément dans la notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation celle de risque économique, modifiant l'équilibre entre marché public de services et délégation de service public.

RLCT 1238

CE, sect. 7 nov. 2008, n° 291794, Dpt de la Vendée, à mentionner aux tables du Rec. CE.

L'arrêt « Département de la Vendée » a permis au Conseil d'État de s'aventurer, une fois de plus, sur le terrain complexe de la distinction entre concession de service public et marché public de services. L'enjeu est de taille puisque, comme on le sait, les contraintes qui s'imposent à l'administration pour choisir son cocontractant sont beaucoup plus contraignantes lorsque le contrat est un marché public que lorsqu'il s'agit d'une concession. Or la distinction n'est pas des plus claires, notamment lorsqu'est en cause, comme en l'espèce, l'externalisation d'un service.

Le département de la Vendée souhaitant confier à un prestataire extérieur la prise en charge d'un service de transport de voyageurs, notamment scolaire, s'était placé sur le terrain de la délégation de service public et, après avoir procédé à des opérations de publicité avait choisi son cocontractant après négociation. Le contrat prévoyait que l'entreprise chargée du service serait rémunérée par des recettes provenant à 93 % du service de transport scolaire – 80 % payés par le département en substitution des familles, le reste demeurant à leur charge – et pour 7 % d'autres activités de transport ou commerciales. En outre, le département versait une subvention générale de fonctionnement et assurait une garantie susceptible de couvrir 70 % d'un éventuel déficit d'exploitation.

Un concurrent évincé attaqua la décision de passer le contrat devant le tribunal administratif et en obtint l'annulation, assortie d'une injonction adressée au département de résilier le contrat, au motif que celui-ci devait être requalifié en marché public au regard de ses conditions de rémunération. La décision de première instance ayant été confirmée en appel, l'affaire donna lieu à un pourvoi en cassation introduit devant le Conseil d'État par le département de la Vendée. C'est sur ce pourvoi que se prononce l'arrêt commenté.

Le critère de la rémunération comme critère de définition de la délégation de service public par rapport au contrat de marché public de services est désormais classique. Inauguré par l'arrêt « Préfet des Bouches du Rhône », selon lequel « (...) les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son

article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation » (CE, 15 avr. 1996, n° 168325, RFD adm. 1996, p. 715, concl. Chantepy Ch. et note Terneyre Ph.), ce critère financier a été consacré par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 modifiant l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), qui dispose désormais que « une délégation de service public est 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 ».

L'application de ce critère pose cependant deux questions particulières dans l'espèce. La première a trait au point de savoir si la prise en charge de la rémunération par le pouvoir adjudicateur en lieu et place des usagers vient remettre en cause ce critère de la rémunération et, par conséquent, écarter la qualification de délégation de service public (I). La seconde est relative aux conséquences qu'emporte l'existence d'une garantie de résultat sur la qualification du contrat (II). Dans la réponse qu'il apporte à cette seconde interrogation, le Conseil d'État se réfère pour la première fois expressément au risque d'exploitation supporté par le cocontractant. Si la jurisprudence nationale est ainsi rapprochée des analyses retenues au plan communautaire, l'utilisation de ce critère ne convainc pas (III).

I – LA SUBSTITUTION DE LA COLLECTIVITÉ AUX USAGERS

Dans la forme la plus courante de la délégation de service public, la rémunération du délégataire est assurée par les redevances payées par les usagers pour avoir accès au service. Mais afin d'assurer un meilleur accès au service en allégeant le coût financier, les collectivités décident fréquemment d'en supporter une partie non négligeable. Cela peut s'opérer de différentes manières (octroi d'une allocation indivi-

duelle ou paiement direct à l'entreprise gestionnaire du service d'une somme correspondante). Quelle est alors la répercussion de cette intervention publique sur la qualification du contrat ? Doit-on considérer que la rémunération reste assurée par l'exploitation du service ou, au contraire, considérer que la prise en charge d'une partie, voire de la totalité du prix du service par la collectivité adjudicatrice, ne permettant plus que le critère de la rémunération par l'utilisateur soit vérifié, doit conduire à la qualification du contrat en marché public ?

Dans un premier temps, le juge administratif français a considéré que le paiement devait provenir directement de l'utilisateur et non pas de la collectivité, faute de quoi le contrat ne pouvait être qu'un marché public. C'est la solution retenue dans l'arrêt « Commune de Guilherand-Granges » : « *la rémunération de cette société comporte, d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une partie fixe représentée par la location des compteurs, et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué, d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau ; (...) ces rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la commune* » (CE, 7 avr. 1999, n° 156008, AJDA 1999, p. 517, concl. Bergeal C.).

Cette solution a été renversée par un arrêt « Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne (SIAEM) vallée du Gier » : « *si les communes ne sont pas les usagers du service public de la distribution de l'eau potable, il ressort, ainsi qu'il a été dit, des stipulations combinées des articles 29 et 62 du cahier des charges du contrat que le cocontractant du syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier perçoit une rémunération qui se compose en une partie fixe qui est constituée par un abonnement et une partie variable qui dépend de la quantité d'eau consommée dans les communes ; que la rémunération calculée dans ces conditions est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service* » (CE, 28 juin 2006, n° 288459, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, ADA 2006, p. 1781, obs. Richer L.).

Ce qui compte donc désormais, c'est que la rémunération dépende, même indirectement, du service rendu aux usagers pour que le critère de la rémunération soit rempli. La rémunération est ainsi suffisamment « liée » aux résultats de l'exploitation. Cette solution a été maintes fois illustrée.

Ainsi, dans un arrêt « Commune d'Andeville », le Conseil d'État considère-t-il que : « *si le cocontractant de la Commune d'Andeville perçoit une rémunération fixe versée par la commune, les trois-quarts de ses recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers ; que la rémunération calculée selon ces modalités est, dans ces conditions, substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » (CE, 20 oct. 2006, n° 289234, AJDA 2006, p. 2340, concl. Casas D.).

L'arrêt commenté l'illustre de nouveau : « *en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque*

usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ». Cet élément de la décision, s'il n'innove pas, est l'occasion de rappeler que la jurisprudence « SIAEM vallée du Gier » ici appliquée a singulièrement ôté tout caractère opératoire au critère de la rémunération puisque le lien entre rémunération et service rendu n'est en rien une caractéristique exclusive des délégations de service public. De très nombreux contrats opérant de même et les marchés de fourniture d'eau qu'une commune peut passer pour sa propre consommation calculent évidemment la rémunération du fournisseur en fonction de la quantité livrée, comme un marché de services conclu avec un cabinet de conseil juridique pourra prévoir une facturation au temps passé. C'est par ailleurs le propre des marchés à prix provisoire ou des accords-cadres que de lier rémunération du cocontractant et service rendu.

II – RÉMUNÉRATION ET GARANTIE DE RÉSULTAT

Le second élément qui pouvait faire douter de la qualification de délégation de service public retenue par le département de la Vendée lors de la passation du contrat était relatif à l'existence d'une garantie accordée par le département de manière à ce qu'en éventuel déficit d'exploitation soit pris en charge

à 70 % au moins par cette collectivité. La question de l'origine de la rémunération devient alors d'autant plus confuse que celle-ci varie selon le résultat de l'exploitation.

Une telle situation est déjà apparue au contentieux et le Conseil d'État en avait ainsi jugé dans un arrêt « SMITOM Centre Ouest Seine et Marnais » que le lien entre rémunération et résultat de l'exploitation devant seulement être « substantiel », la part de la rémunération liée à l'exploitation pouvait connaître des

modalités variées et n'être pas majoritaire : « *il ressort des pièces du dossier que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM ; (...) dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; (...) dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public* » (CE, 30 juin 1999, n° 198147, SMITOM Centre Ouest Seine et Marnais, AJDA 1999, p. 714, concl. Bergeal C.).

Pour tâcher de donner une certaine cohérence aux solutions à apporter à ces situations dont la pratique offre une infinie variété, on a tenté de dépasser le critère de la rémunération en rapportant celle-ci à la notion de risque économique. Le critère de la rémunération ne serait alors qu'un indice du transfert de risque opéré par le contrat en cause de la collectivité délégante vers le cocontractant. Le fait que ce cocontractant tire sa rémunération de l'exploitation du service permettrait dans de nombreux cas de déterminer de manière simple si un tel transfert de risque a été opéré. En revanche, face à des situations plus complexes, le critère de la rémunération devrait laisser place au critère du transfert de risque. C'est l'analyse proposée par le commissaire du gouvernement Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt « SMITOM » notamment. L'arrêt

Pour tâcher de donner une certaine cohérence aux solutions à apporter à ces situations dont la pratique offre une infinie variété, on a tenté de dépasser le critère de la rémunération en rapportant celle-ci à la notion de risque économique.

commenté « Département de la Vendée » – c'est ce qui en constitue la nouveauté – recourt à ce critère du transfert de risque de manière explicite lorsqu'il déclare que : « *une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ».

Ce faisant, le Conseil d'État reprend le raisonnement suivi par la Commission européenne dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000 (Communication Comm. CE, 12 avr. 2000, n° 2000/C 121/02, JOUE 29 avr., n° C 121) puis par le CJCE dans la décision « Parking Brixen » : « *Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics* » (CJCE, 13 déc. 2005, aff. C-458/03, point 40, Rec. CJCE, I, p. 8585). Confrontées aux textes communautaires – dans un premier temps la directive « Travaux » CEE n° 93/37 du 15 juin 1993 (JOCE 9 août, n° L 199) et, désormais, de manière plus générale la directive CE n° 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 (JOUE 30 avr., L 134), qui, comme en France l'article L. 1411-1 du CGCT, définissent la concession par la seule référence à la rémunération du cocontractant : « *La "concession de services" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* » – , les instances communautaires avaient opéré un glissement vers le critère du risque d'exploitation sans justifier d'ailleurs plus avant cette interprétation constructive, si ce n'est par la recherche d'une essence de la concession que traduiraient l'opinio juris et les traditions nationales (cf. notamment concl. Fenelly N., 18 mai 2000, sous CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress, Rec. CJCE, I, p. 10745, et Communication Comm. CE, 12 avr. 2000, précitée). Il convient à cet égard de rappeler que la jurisprudence française elle-même s'était fondée un temps sur ce critère du risque financier avant l'entrée en vigueur de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « Sapin » (CE, 15 juin 1995, n° 136.734, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai, Rec. CE tables 1994, p. 807).

En recourant au critère du risque pour distinguer la délégation de service public du marché public de services, la jurisprudence française assure ainsi autant que faire se peut la conformité de ses solutions au regard des exigences communautaires découlant du Traité CE, des « directives marchés » et de la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, des situations de conflit potentiel entre droit national et droit communautaire comme celles qu'illustre l'arrêt commenté, dans lesquelles, bien que la rémunération soit assurée en lien avec le service effectivement fourni, l'existence d'une clause de garantie remet en cause le transfert de risque, se trouvent-elles en principe désamorçées (cf. également CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Auroux, Rec. CJCE, 2007, I, p. 385).

III – LE CRITÈRE DU RISQUE

Le recours au critère du transfert de risque économique pour qualifier un contrat d'externalisation de service, sous le couvert mais à la place du critère de la rémunération, peut conduire à un glissement important de la frontière qui sépare ces deux catégories et en montrer ainsi encore la relativité.

D'une part, de nombreux contrats qualifiés actuellement de délégations de service public par application du critère de la rémunération devraient désormais se trouver réintégrés dans

la catégorie des marchés publics. En effet, la rémunération par les usagers, ou au moins par référence au service effectivement rendu (rémunération liée aux résultats d'exploitation selon l'acception qu'en retient le juge administratif), n'implique pas systématiquement un transfert de risque. Outre les cas dans lesquels une clause de garantie du résultat d'exploitation ou de couverture du déficit peut être prévue par le contrat, il faut tenir compte aussi des circonstances économiques de l'opération. Or les situations sont nombreuses dans lesquelles aucun risque n'est lié aux recettes parce que le service externalisé est un service de première nécessité et que le monopole attribué au délégataire rend complètement stable le recours qui y sera fait par les usagers et donc le montant des redevances perçues. C'est le cas par exemple dans le domaine de l'adduction en eau : les entreprises concessionnaires qui se financent sur l'usager de la manière la plus classique ne subissent aucun risque de ce fait. C'est également ce qu'avait relevé en l'espèce la cour administrative d'appel dans sa décision rendue en l'espèce : « *il n'est établi ni que le nombre (des) usagers scolaires soit susceptible de diminuer pendant la durée de la convention, ni que le risque d'impayés de la part des familles puisse affecter de façon significative le montant total des recettes ; (...) ainsi, le cocontractant de l'administration n'assumait qu'une part très réduite du risque d'exploitation* » (CAA Nantes, 2 déc. 2005, n° 04NT01327, Dpt de la Vendée, AJDA 2006, p. 725).

D'autre part, de nombreux contrats aujourd'hui qualifiés de marchés publics pourraient se voir qualifiés de délégations de service public. En effet, la notion de transfert de risque est loin d'être absente de la majorité des marchés publics les plus classiques. Le risque peut concerner aussi bien les besoins de l'administration et, par conséquent, le montant des produits d'exploitation du cocontractant lorsqu'un lien existe entre les deux – ce qui, on l'a dit plus haut, est fréquent – que les charges que supporte le prestataire. En effet, le résultat d'exploitation, au sens économique que la jurisprudence veut retenir, n'est pas constitué du seul chiffre d'affaire, mais résulte du rapprochement des produits et des charges. Par conséquent, quand bien même le prix versé par l'administration dans le cadre d'un marché public de services serait fixé dans la convention, un risque important peut être transféré au prestataire qui doit seul gérer l'évolution de ses coûts. C'est d'ailleurs en cas de prix ferme, ou lorsqu'un terme fixe important est prévu dans les clauses de révision, que ce risque est maximum.

Il apparaît donc que le recours au critère du risque économique conduit à opérer une analyse globale de chaque opération et à mettre en regard produits et charges pour déterminer de quelle manière le risque est réparti entre l'administration et le prestataire. La variabilité des produits d'exploitation n'implique pas de risque économique particulier si les coûts peuvent être ajustés. À l'inverse, le caractère fixe des produits n'exclut pas le risque d'exploitation si les charges sont variables. Le lien qui est souvent établi entre critère de la rémunération et critère du risque ne correspond donc qu'à la seule situation dans laquelle la variabilité des produits ne peut être compensée par une flexibilité des charges ; il ne s'agit en aucun cas, nonobstant même les clauses de garantie de résultat, d'un lien systématique et s'il existe, comme on a voulu l'avancer, un indice du risque économique supporté dans les conditions de rémunération, cet indice reste extrêmement ténu.

L'instabilité, de nouveau illustrée, du critère de distinction des marchés publics et des délégations de service public met en

lumière la grande relativité de cette distinction. Surtout, il est remarquable que la discussion qui s'est établie autour de cette question – dans la doctrine, sous la plume des commissaires du gouvernement ou dans le rapport public du Conseil d'Etat de 2008 consacré au contrat – sous l'influence du droit communautaire laisse complètement de côté la question de la cohérence entre les catégories dont la définition est recherchée et le régime applicable à chacune d'elles.

C'est pourtant bien la question fondamentale, et la première que posait la Commission européenne dans son document de travail du 8 juin 2007 sur une éventuelle initiative en matière de concessions (cf. RLCT 2007/28, n° 814) : quelles sont les raisons qui conduisent à distinguer entre marchés publics et concessions s'agissant des procédures de passation applicables ?

Mais il faut convenir que rien aujourd'hui ne vient plus justifier l'exclusion

des concessions du champ d'application des directives, ce qui rend vaine la recherche d'un critère pertinent. L'alternative classique qui existait entre procédure d'adjudication et conclusion de gré à gré, qui permettait de justifier par l'*intuitus personæ* – c'est-à-dire en réalité par la nécessité de négocier un contrat complexe – l'exclusion des concessions du régime d'adjudication applicable aux marchés publics, a laissé place à un droit des marchés publics qui offre les moyens de prendre en compte la complexité des opérations – complexité juste-

ment partagée d'ailleurs entre marchés ou contrats de partenariat et délégations – et de concilier la nécessité de la négociation, l'égalité de traitement des entreprises et la recherche d'une organisation optimale du service, quelles qu'en soient les conditions de financement. Rien ne vient donc plus s'opposer à ce que les délégations de service public rejoignent, comme les contrats de mandat, les METP ou les concessions d'aménagement, le droit commun de la commande publique, répondant en cela aux exigences communautaires ou constitutionnelles en matière d'égal accès des entreprises comme de contrôle de la dépense publique.

C'est bien dans cette direction que vont le droit communautaire et le droit national en soumettant la passation des concessions à un régime qui se rapproche toujours plus de celui qui s'impose aux marchés publics, dans la ligne de la jurisprudence inaugurée par la Cour de

justice des Communautés européennes dans sa décision « Te-laustria » (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, précité). L'arrêt commenté marque d'ailleurs une étape nouvelle dans la mise en œuvre de ces contraintes directement issues du Traité communautaire puisque, revenant sur sa jurisprudence antérieure, le juge administratif français y accepte désormais d'assurer un contrôle, encore restreint, sur le choix du délégataire.

Lorsque le rapprochement des régimes sera totalement opéré, la recherche d'un critère de distinction pourra enfin cesser. ♦

Rien ne vient (...) plus s'opposer à ce que les délégations de service public rejoignent, comme les contrats de mandat, les METP ou les concessions d'aménagement, le droit commun de la commande publique (...)