

# Une contribution importante au droit des délégations de service public

- Un arrêt du Conseil d'État précise les conditions d'appréciation du critère de rémunération pour l'identification des contrats de délégation de service public, en mettant en avant la notion de risque d'exploitation.
- Dans cette décision, le Conseil d'État admet par ailleurs – il s'agit là d'une première – que le juge puisse contrôler le choix par l'autorité délégante de son cocontractant.

## Auteur

Gilles Le Chatelier, conseiller d'État, directeur général des services de la région Rhône-Alpes

## Référence

CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794

## Mots clés

Juge administratif • Annulation d'une décision • Critère de la rémunération • DSP • Critère du risque d'exploitation • Redevance • Subvention • Choix du délégataire • Intuitu personae • Erreur manifeste d'appréciation •

Par une délibération du 29 juin 2001, le département de la Vendée a décidé d'attribuer l'exploitation du service des transports départementaux de voyageurs à un groupement d'entreprises. Un groupement concurrent a obtenu du juge administratif l'annulation de cette décision. L'affaire a été portée jusqu'au Conseil d'État qui, par l'arrêt du 7 novembre 2008, précise d'une part, les conditions d'appréciation du critère de la rémunération pour l'identification des contrats de délégation de service public (I), d'autre part, admet pour la première fois que le juge puisse contrôler le choix par l'autorité délégante de son cocontractant (II).

## I. Le critère de la rémunération dans l'identification des contrats de délégation de service public

### A) Les faits de l'espèce

La loi exige, pour qu'un contrat soit qualifié de délégation de service public, que la rémunération du cocontractant soit « substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service ». Dès lors, il appartient à la collectivité publique délégante – sous le contrôle du juge – d'analyser la structure économique du futur contrat pour conclure sur la nature juridique de celui-ci et en particulier de s'intéresser aux recettes qui résulteront pour l'exploitant de l'exécution du contrat.

En l'espèce, le contrat conclu prévoyait plusieurs types de recettes, mais parmi ces dernières, 93% devaient provenir des recettes perçues au titre des abonnés scolaires, les 7% restants provenant d'autres services de transport et d'activités commerciales. De plus, 80% des recettes des abonnés scolaires devaient en réalité être prises en charge directement par le département au titre

de l'aide aux familles. Par ailleurs, la convention prévoyait un dispositif d'intéressement devant varier dans le temps selon les performances de gestion de l'exploitant. Tant le tribunal administratif que la Cour administrative de Nantes ont jugé qu'un tel contrat ne constituait pas une délégation de service public, dès lors que seule une partie minimale des recettes du service provenait des usagers eux-mêmes (20% des 93% soit 18,6%), que le risque de diminution de la fréquentation était inexistant et que le risque d'impayé n'était pas de nature à affecter l'équilibre d'exploitation du cocontractant.

### B) Le rappel de la jurisprudence

La solution apportée par les juges du fond était à l'évidence critiquable pour ne pas être en ligne avec la jurisprudence. Elle associe en réalité dans le même raisonnement deux idées que la jurisprudence a dissociées : l'importance des recettes provenant des usagers et la part de risque supportée par l'exploitant. Sur le premier point, on le sait, l'intervention de la « loi Sapin » du 29 janvier 1993, telle qu'éclairée par le juge, n'exige plus que la rémunération du délégataire provienne de redevances versées par les usagers, là où ce critère permettait de distinguer auparavant les concessions des marchés publics. Ce qui intéresse le juge désormais, c'est que les recettes de la délégation aient un lien avec l'exploitation du service, condition plus souple que celle valant précédemment pour les concessions.

La deuxième question est celle de la variabilité de ces recettes. L'analyse procède ici par distinction du régime des marchés publics caractérisés par le paiement d'un prix par l'administration à son prestataire qui, mises à part les clauses de variation, doit demeurer fixe, limitant ainsi au maximum le risque économique pris par le prestataire. En effet, très rapidement, la notion de risque est apparue tant dans la jurisprudence, que dans les conclusions des Commissaires du gouvernement. De même, les autorités communautaires devaient afficher le critère du risque comme permettant de distinguer les concessions – au sens communautaire du terme – des marchés. Or, en l'espèce, c'est bien parce que ce risque était insignifiant pour les juges du fond qu'ils avaient dénié la qualification de délégation de service public au contrat ici en cause.

De nombreux auteurs ont critiqué l'imprécision et les difficultés que l'utilisation d'un tel critère comportait. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence la plus récente semble s'être orientée sur une autre notion qui est celle de la variabilité des recettes d'exploitation qui, de ce fait même, introduisent un risque d'exploitation. En revanche, lorsque les recettes sont fixes et ne sont susceptibles de connaître qu'une variation minimale, compte tenu du caractère captif des usagers du service et de la faible volatilité de leur consommation, le critère de la rémunération posé par la loi et la jurisprudence ne peut être regardé comme rempli.

Sur cette base, l'autre critère à appliquer est celui de la part que ces recettes variables occupent dans la totalité de celles perçues par l'exploitant. L'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1999 Smitom précité avait eu le premier mérite d'indiquer que « substantiellement » ne voulait pas dire « majoritairement », admettant qu'une part de 30% de recettes variables suffisait pour que le contrat soit qualifié de délégation de service public.

La jurisprudence devait d'ailleurs ultérieurement admettre des taux encore plus faibles : 20%, voire 10%.

### C) La solution apportée par le Conseil d'État

Compte tenu de ce qui précède, la Haute assemblée ne pouvait pas confirmer le raisonnement tenu par les juges du fond. Le Conseil devait ainsi censurer l'erreur de droit commise par eux pour n'avoir pris en compte que les recettes provenant des familles elles-mêmes, « 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, donc liée aux résultats de l'exploitation du service ». C'est bien le caractère variable des recettes qui est ici pris en compte par le juge, indépendamment de l'origine de celles-ci. Il y a peu de doutes qu'une part substantielle des rémunérations de l'exploitant était bien liée aux résultats de l'exploitation, dès lors qu'en réalité l'essentiel des recettes n'était pas garanti.

Toutefois, l'arrêt du 7 novembre 2008 est particulièrement intéressant car il amène également le Conseil d'État, après cassation, à examiner les conditions d'équilibre économique du contrat. En effet, comme on l'a dit, la convention litigieuse prévoyait également le versement par le département à son cocontractant d'un dispositif d'intéressement qui venait prendre en charge une partie du déficit d'exploitation éventuel du délégataire. On retrouve ici la question de l'incidence d'une éventuelle subvention d'équilibre sur la qualification du contrat. Bien que le débat soit nourri et que la jurisprudence ne se soit pas encore clairement prononcée sur ce point, il paraît logique de considérer, compte tenu des critères rappelés précédemment, que l'existence d'une telle subvention exclut la qualification de délégation de service public pour un contrat où l'exploitant bénéficierait de manière certaine d'une telle subvention. En effet, même si les recettes peuvent ici varier, quelle est la part d'aléa restant à la charge de l'exploitant dans un tel contrat ? On retrouve bien là la notion de risque d'exploitation, indissociable en réalité de la qualification de délégation de service public. C'est bien d'ailleurs ce type de raisonnement que le présent arrêt adopte. En effet, pour qualifier le contrat de délégation de service public, le Conseil d'État relève que la convention d'intéressement « laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30% de ce déficit... Ainsi, 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 ». Cette rédaction est importante à deux titres : elle consacre, d'une part, la notion – nouvelle dans une décision de la Haute assemblée – de risque d'exploitation, mesuré à travers la part du déficit d'exploitation restant à la charge du cocontractant ; elle admet, d'autre part, qu'un pourcentage de 30% de déficit à la charge de l'exploitant est substantiel, au sens des dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT.

On le voit, la part retenue pour mesurer le risque d'exploitation peut être relativement faible dès lors que celui-ci existe, au moins potentiellement. De plus, et *a contrario*, la décision semble indiquer que la situation dans laquelle le déficit d'exploitation serait entièrement et systématiquement couvert par

une subvention d'équilibre aboutirait à exclure la qualification de contrat de délégation de service public. L'honnêteté pousse tout de même à dire que le commentateur serait plus à l'aise pour affirmer ce point en présence d'une décision clairement positive sur cet aspect de la question...

## II. Le contrôle par le juge du choix du délégataire par l'autorité délégante

La solution traditionnelle en ce domaine a longtemps été la suivante : le juge administratif n'exerçait aucun contrôle sur les motifs de choix du délégataire par l'autorité délégante. Son contrôle se réduisait ainsi à celui de l'exactitude matérielle des faits, de l'erreur de droit et de l'éventuel détournement de pouvoir. Ce parti pris a longtemps été présenté comme l'expression du principe de l'*intuitu personae* selon lequel le choix du concessionnaire par l'autorité concédante devait être totalement libre. Certains ont même estimé que cette solution était la conséquence du principe selon lequel une collectivité publique était toujours libre de choisir le mode de gestion des services publics dont elle a la charge, une telle question échappant, comme la précédente, au contrôle du juge.

Mais, comme le relevait Nicolas Boulouis dans ses conclusions, si cette solution pouvait être comprise dans l'état antérieur du droit où le choix du concessionnaire était totalement libre, y compris en ce qui concerne la procédure de sélection de l'exploitant, elle devenait plus difficile à justifier sous l'empire de la loi du 29 janvier 1993. Ainsi, la loi, outre qu'elle mettait en œuvre une procédure de mise en concurrence encadrant la liberté de choix des collectivités publiques, énonçait bien également un certain nombre de critères que devaient au moins remplir les candidats admis à présenter une offre : garanties professionnelles et financières, aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. D'ailleurs, le changement de régime juridique avait déjà produit des effets, puisque la doctrine avait estimé que c'était le nouvel encadrement des durées des contrats de délégation de service public qui expliquait que le juge ait désormais admis – par une application anticipée de la loi aux faits de l'espèce – exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée des conventions de délégation.

D'ailleurs, une juridiction avait déjà estimé devoir exercer un tel contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du délégataire fait par le délégant. C'est cette solution que le

Conseil d'État a retenue dans la présente décision en jugeant désormais que le juge pourrait exercer un contrôle restreint sur une telle décision. En l'espèce, il a été estimé que le choix du groupement délégataire par le département de la Vendée n'était pas entaché d'une telle erreur manifeste d'appréciation, eu égard à sa capacité à assurer immédiatement l'exploitation du service, à la « qualité du service attendu et au montant de la contribution financière qu'il demandait au département ».

Outre les justifications issues du droit interne, il convient également de reconnaître que cette solution était aussi assez largement dictée par le droit communautaire. En effet, par sa décision du 7 décembre 2000 *Telaustria*, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les autorités concédantes, si elles n'étaient pas soumises aux obligations des directives européennes relatives aux marchés pour l'attribution des concessions de service, devaient néanmoins respecter les principes généraux issus des Traités et tenant notamment au respect de la transparence et du principe de non-discrimination. Or, on ne voit guère comment le juge national peut assurer le respect de tels principes s'il ne peut pas intervenir en contrôlant le choix du concessionnaire par le concédant.

Si l'on peut se féliciter de la solution retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt commenté, cette dernière soulève cependant certaines questions quant aux modalités du contrôle par le juge. En effet, à partir de quels critères celui-ci pourra-t-il éventuellement relever l'erreur manifeste entachant le choix du délégataire par le délégant, sauf à n'admettre ce nouveau pouvoir que comme une forme moins infamante de contrôle du détournement de pouvoir ? En réalité, cette nouvelle solution revient à poser de manière évidente la question des critères de sélection des offres par l'autorité délégante et de leur communication préalable par l'autorité délégante.

On sait que les textes comme la jurisprudence n'imposent pas à l'administration d'afficher dans le cahier des charges de la consultation ses critères de choix, la seule obligation pesant sur elle étant de les respecter si elle a fait le choix volontaire de les faire connaître *a priori*. On peut toutefois légitimement se demander si le nouveau contrôle exercé par le juge, aux termes de la jurisprudence Département de la Vendée, n'est pas de nature à faire également évoluer cet aspect particulier du droit des délégations de service public, renforçant ainsi les garanties exigées en termes de transparence et de respect du principe de non-discrimination. ■