

La notion de « part significative du risque d'exploitation » en phase avec l'Europe ?

- La distinction entre marché public et délégation de service public reposait essentiellement sur la provenance des recettes et sur le risque d'exploitation du service pris par l'entreprise privée, le délégataire assurant en principe la gestion du service à ses risques et périls.
- La jurisprudence vient aujourd'hui préciser la notion de risque d'exploitation en prenant en compte l'aléa qui pèse sur l'exploitant, aléa lié à la fréquentation et à l'ampleur d'un éventuel déficit apprécié au cas par cas.

Auteur

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

Référence

CE 5 juin 2009, Société Avenance Enseignement-Santé, n°298641

Mots clés

Délégation de service public • Marché public • Critères • Qualification • Rémunération • Notion • Risque • Résultat d'exploitation • Aléa • Mise en concurrence •

Extrait

CE 5 juin 2009, Société Avenance Enseignement-Santé, n°298641

« La cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du co-contractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public ; [elle] n'a pas non plus entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en jugeant que nonobstant le versement de redevances par les usagers du services, le contrat s'analysait comme un marché public. »

Le critère de la rémunération est un critère qui n'est pas toujours aisé à cerner⁽¹⁾. Plusieurs décisions récentes du Conseil d'État sont cependant venues préciser la notion de « rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation » pour davantage éclairer les praticiens sur son sens et son contenu. La décision du 5 juin 2009 Société Avenance Enseignement-Santé constitue un nouvel apport utile à l'appréciation de ces questions délicates. Après avoir rappelé les faits ayant donné lieu au litige ici soumis au juge (I), nous rappellerons succinctement l'état de la question (II) avant de souligner les apports de la présente décision (III).

I. Le rappel des faits

Par un contrat conclu le 10 septembre 1990, la commune de Draveil a confié de gré à gré à la Société générale de restauration, aux droits de laquelle s'est substituée la société Avenance Enseignement-Santé, le service de restauration scolaire et municipal pour une durée de 5 ans. Le 15 janvier 1993, la commune a conclu un avenant confiant à son cocontractant la réalisation de travaux portant sur le réaménagement des points de distribution des repas et a décidé, en conséquence, de porter la durée de la convention à 15 ans. Le 26 juin 2000, une délibération du conseil municipal décidait de la résiliation de la convention pour un motif d'intérêt général. La société a alors saisi le tribunal administratif de Versailles d'une demande tendant à l'annulation de la décision de résiliation, à la réparation du préjudice subi ainsi qu'au paiement d'un

(1) Pour une analyse récente des difficultés inhérentes aux différents critères d'identification de la délégation de service public, voir M. Le Roy, « L'imperfection croissante des critères d'identification de la délégation de service public », AJDA, 2008, p.2268.

certain nombre de factures qui n'avaient pas été acquittées par la commune, selon elle. La commune de Draveil devait pour sa part introduire des conclusions reconventionnelles à l'encontre de la société.

Par son jugement du 4 octobre 2004, le TA devait ne faire droit qu'à une partie des conclusions de la société en relevant que le contrat litigieux était nul car, s'agissant d'un marché public, il avait été conclu en infraction aux règles du code des marchés publics. Dès lors, les demandes de la société qui se fondaient sur les stipulations du contrat ne pouvaient être accueillies, l'entreprise ne pouvant motiver son action que sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle au titre de l'enrichissement sans cause⁽²⁾. La société a fait appel de ce jugement en maintenant son argumentation selon laquelle elle était bien titulaire d'un contrat de délégation de service public (qui, en 1990, n'avait pas à être passé après l'intervention d'une mesure de publicité et de mise en concurrence) et non d'un marché public. La cour administrative d'appel de Versailles devait rejeter sa demande par un arrêt du 14 septembre 2006⁽³⁾, en estimant que le cocontractant de la commune « ne supportait pratiquement aucun risque d'exploitation », ce qui excluait que l'on puisse considérer que sa rémunération était liée aux résultats de l'exploitation. La société Avenance s'est pourvue en cassation contre cet arrêt devant le Conseil d'État. L'essentiel du litige portait donc bien sur la qualification du contrat qui la liait à la commune de Draveil : délégation de service public ou marché public ?

II. L'état de la question

Pour qualifier un contrat de délégation de service public, la loi exige que la rémunération du cocontractant de l'administration « soit substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service »⁽⁴⁾. La jurisprudence a rapidement clarifié deux éléments : la notion de « part substantielle » n'est pas assimilable à celle de « part majoritaire »⁽⁵⁾ et les recettes du délégataire peuvent provenir d'une autre origine que le paiement d'une redevance pour service rendu par les usagers⁽⁶⁾. L'idée sous-jacente qui anime en réalité la jurisprudence est celle d'une certaine forme de variabilité de la rémunération du cocontractant qui conduit ainsi à lui faire supporter un aléa d'exploitation⁽⁷⁾. De fait, la mise en œuvre du régime des délégations de service public issu de la loi du 29 janvier 1993 renoue alors avec l'ancienne notion d'exploitation « aux risques et périls » du concessionnaire qui avait irrigué la théorie des concessions de service public à la fin du XIX^e siècle.

Ainsi, la notion de risque d'exploitation est apparue progressivement comme l'élément déterminant d'identification des délégations de service public vis-à-vis des marchés publics. Le droit communautaire a été le premier à intervenir de manière majeure en ce sens. D'abord, la communication interprétative de la Commission européenne du 12 avril 2000 insistait sur la notion de risque pour distinguer la famille des concessions de celle des marchés publics, soumise aux directives communautaires. Ensuite, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes recherche également si le contrat comporte pour son attributaire un risque d'exploitation pour définir s'il constitue une concession, même si d'ailleurs les recettes de l'exploitant proviennent d'un tiers⁽⁸⁾.

Les juridictions nationales ont, elles aussi, progressivement retenu ce critère d'identification qui donne une plus grande « consistance » à la notion de « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ». On voit ainsi rapidement apparaître la notion de risque dans la jurisprudence⁽⁹⁾ et dans les conclusions des commissaires du gouvernement⁽¹⁰⁾. Mais, la vraie reconnaissance de ce critère d'identification des contrats de délégation de service public par le juge résulte de la décision du Conseil d'État du 7 novembre 2008 Département de la Vendée⁽¹¹⁾ qui reprend en toutes lettres cette expression dans ses motifs.

Pendant, la notion de « risque d'exploitation » n'est pas simple à définir de manière précise et opératoire. Le juge a d'abord semblé le plus souvent s'attacher à la variabilité des recettes pour arrêter si un tel risque existe. Ainsi, une rémunération versée par l'administration qui varie selon le nombre des usagers permet la qualification de délégation de service public au contrat⁽¹²⁾. On en reste néanmoins à une analyse qui s'attache à examiner les recettes de l'exploitant et la part de celles d'entre elles qui sont variables dans son compte d'exploitation, indépendamment de la question de l'équilibre financier du contrat.

La jurisprudence est allée plus loin en reprenant un raisonnement qui s'intéresse davantage au résultat d'exploitation – au sens comptable du terme – pour déterminer la part d'aléa reposant sur l'exploitant. Ainsi, le Conseil d'État devait juger qu'une convention susceptible de laisser 30% du déficit d'exploitation à la charge de l'entreprise faisait apparaître un risque d'exploitation de nature à entraîner la qualification de délégation de service public⁽¹³⁾. Le raisonnement devient ici plus réaliste en essayant de mesurer de quelle manière le caractère variable des recettes peut influencer sur le résultat d'exploitation de l'exploitant, en ne s'arrêtant pas uniquement aux éléments de variation du chiffre d'affaires pouvant résulter de l'activité objet du contrat.

(2) CE 19 avril 1974, *Sté Entreprise Louis Segrette*: Lebon T., p.1052.

(3) BJCP, 2007, n° 50, p. 23 et s., concl. P. Brunelli.

(4) Art. 38 de la loi du 29 janvier 1993 modifiée par la loi Murcef du 11 décembre 2001.

(5) CE 30 juin 1999 *Synd. mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest* (Lebon, p.229) qui admet l'existence d'une DSP avec 30% de recettes liées à l'exploitation; ce taux a pu être parfois plus faible: 20% (TA Cergy-Pontoise 16 avril 2002, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*: BJCP, n° 25, p.433), voire 10% (CAA Marseille 5 mars 2001, *Dpt du Var*: AJDA, 2001, p.968.

(6) CE 28 juin 2006, *Synd. intercommunal d'alimentation en eau potable de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459, concl. Boulouis: AJDA, 2006, p.1781, note L. Richer.

(7) CE 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, concl. D. Casas: AJDA, 2006 p.2340.

(8) CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff C-458/03: AJDA, 2005 p.1983 – CJCE 18 juillet 2007, *Commission c/Italie*, aff. C-382/05.

(9) CE 15 juin 1994, *Synd. intercommunal des transports publics de la région de Douai*: Lebon T., p.1033.

(10) Voir concl. C. Bergeal sous l'arrêt CE 30 juin 1999, *Smitom*: AJDA, 1999, p.714.

(11) AJDA, 2008, p.2454, note L. Richer; G. Le Chatelier, « Une contribution importante au droit des délégations de service public », CP-ACCP, n° 86, mars 2009n p.59.

(12) CE 20 octobre 2006, *Cne d'Andeville*, préc.

(13) CE 7 novembre 2008, *Dpt de la Vendée*, préc.

III. La solution apportée à l'espèce

La structure du contrat ayant donné lieu à la décision du 5 juin 2009 permettait d'illustrer de manière très intéressante l'ensemble de ces paramètres d'appréciation et d'ajouter un élément d'analyse supplémentaire dans l'office du juge. Le contrat dont la société Avenance était titulaire se caractérisait, quant à la rémunération de l'exploitant, par les éléments suivants : la société s'était engagée sur un prix unitaire du repas, sur la base d'un volume de 303 000 repas servis chaque année, qui couvrait l'ensemble de ses charges et dégageait à son profit une marge. Si le nombre de repas devait varier de plus ou moins 5% par rapport au volume fixé, le prix unitaire devait alors être réajusté pour préserver l'équilibre d'exploitation de l'entreprise. La commune prenait à sa charge la différence entre le prix unitaire ainsi fixé et le prix effectivement demandé aux usagers. Enfin, le contrat

prévoyait que la commune supportait les risques d'impayés. Dans une telle situation, quel est le risque effectivement supporté par l'exploitant ? Selon la société requérante, celui-ci se situe effectivement dans la marge d'évolution du nombre de repas servis, si celui-ci devait diminuer dans une proportion inférieure à 5%. Une telle évolution est-elle constitutive d'un risque, dès lors que le contrat admet ainsi implicitement mais nécessairement que l'exploitant puisse subir une perte d'exploitation ? Dans ses conclusions sur cette affaire, Bertrand Dacosta devait répondre par la négative, en estimant que « la seule circonstance que les résultats de l'exploitation puissent se révéler déficitaires ne saurait conduire, dans tous les cas de figure, à la qualification de délégation de service public ». Pour le rapporteur public, qui s'appuyait fortement sur la décision Département de la Vendée, la question est claire : il faut un risque de déficit d'une ampleur suffisante pour admettre qu'il y ait un véritable risque d'exploitation supporté par l'opérateur.

Ce raisonnement devait convaincre la Haute Assemblée qui, confirmant les solutions retenues successivement par le tribunal administratif et par la cour administrative d'appel, devait juger que le contrat en cause constituait bien un marché public, compte tenu de la structure économique du contrat et des garanties financières dont disposait l'opérateur de la part de la commune. Le Conseil d'État devait encore ajouter pour conclure à un risque d'exploitation limité que « le nombre d'usagers, constitués pour l'essentiel d'enfants de centres aérés

et des écoles ainsi que de personnes âgées vivant en maisons de retraite, n'était pas en l'espèce susceptible de diminuer d'une manière substantielle d'une année sur l'autre, ainsi que le confirme l'évolution du nombre de repas servis au cours des années 1993 à 2000 ». Dès lors, la société Avenance était bien titulaire d'un marché public. Il est à noter que cette décision confirme le fait qu'un titulaire d'un marché public peut aujourd'hui voir une partie de sa rémunération résulter du paiement d'un prix directement par l'utilisateur⁽¹⁴⁾.

Est aussi rappelé un autre élément d'appréciation : existe-t-il un fort risque de fréquentation et, si oui, est-il supporté par l'exploitant ? Le Conseil d'État avait ainsi déjà jugé qu'un contrat dont les usagers étaient relativement captifs et connaissaient une grande régularité dans leurs consommations ne pouvait être qualifié de délégation de service public⁽¹⁵⁾. Or, en l'espèce, force est de recon-

naître que le risque de fréquentation reposait essentiellement sur la commune, puisqu'une baisse de plus de 5% du volume des repas servis engageait alors une révision du prix unitaire garanti contractuellement à l'opérateur...

« Compte tenu de sa structure économique et des garanties financières dont disposait l'opérateur, le contrat en cause constituait bien un marché public. »

Conclusion

La décision du 5 juin 2009 Société Avenance Enseignement-Santé s'inscrit donc dans la continuité de la jurisprudence la plus récente qui s'attache à déterminer quelle est l'ampleur d'un éventuel déficit d'exploitation qui doit rester à la charge de l'opérateur pour que l'on puisse considérer le contrat comme constituant une délégation de service public. Cette approche apporte certainement une nouvelle difficulté d'appréciation puisqu'elle revient à juger – c'est tout l'intérêt de la décision – que l'invocation de la charge d'un déficit éventuel ne suffit pas. La décision Département de la Vendée avait retenu un seuil de 30% du déficit à la charge de l'opérateur, mais pour un contrat où le risque de fréquentation reposait en grande partie sur ce dernier. Un tel seuil n'est certainement pas normatif et renvoie donc à des appréciations d'espèce qui peuvent être malaisées, voire comporter une large part de subjectivité. On ne pourra cependant que saluer ce nouveau pas de la jurisprudence vers une approche plus économique du droit des contrats publics en général, et des délégations de service public en particulier. ■

(14) Pour l'impossibilité d'une telle solution dans l'état du droit antérieur à l'intervention de la loi du 29 janvier 1993 : CE 11 décembre 1963, Ville de Colombes : Lebon, p.611.

(15) CE 7 avril 1999, Cne de Guilhaud Granges, concl. C. Bergeal : AJDA, 1999, p.517.