

## Qualification différente pour deux contrats portant sur l'exploitation de piscines de loisirs

Un contrat qualifié de "régie intéressée" s'analyse en un marché public et non en une délégation de service public lorsque les risques du cocontractant s'avèrent limités. Tel n'est pas le cas d'un contrat de concession dans lequel la rémunération du concessionnaire est substantiellement assurée par les produits de l'exploitation de l'ouvrage.

**Référence :** TA Besançon 26 nov. 2001, Sté Financière Sport et Loisir c/ Cté de cnes Val-de-Morteau, n° 01.1800

### 1<sup>re</sup> espèce

● Considérant qu'il résulte de l'instruction que si le contrat envisagé a pour objet de confier, selon la formule juridique de la régie intéressée, l'exploitation du centre nautique et de loisirs à un opérateur privé, ce qui implique que celui-ci soit substitué à la collectivité comme interlocuteur direct du public concerné, le mode d'intéressement du co-contractant de l'administration ne fait dépendre qu'à la marge sa rémunération de l'efficacité de sa gestion et des résultats qu'il aura obtenus ; que, notamment, le prix sur lequel les parties sont appelées à se mettre d'accord ne recevra qu'une modulation à la baisse au maximum de 10 % dans l'hypothèse où les prévisions de résultats ne seraient pas obtenues, toute amélioration des résultats obtenus devant d'abord bénéficier à la collectivité, et seulement au-delà de 10 % entraîner une modulation à la hausse du prix convenu, sans que les conditions économiques de l'exploitation puissent raisonnablement laisser supposer que l'exploitant pourrait tirer de l'efficacité de sa gestion une part substantielle de sa rémunération ; que, par ailleurs, l'essentiel des paramètres de la gestion, et notamment la fixation des tarifs, dépend de décisions prises par la communauté de communes ; qu'un tel contrat, dans lequel le co-contractant, à raison de sa gestion, n'encourt que des risques limités et ne peut bénéficier que d'un intéressement limité aux résultats constitue, non une délégation de service public, mais un marché public, régi par le Code des marchés publics ; que, par suite, le moyen tiré par la société requérante de ce que les règles de mise en concurrence et de publicité propres aux délégations de service public n'auraient pas été suivies ne peut qu'être écarté, et la requête ne peut qu'être rejetée ;

**Référence :** TA Nantes, 6 nov. 2001, M<sup>me</sup> Françoise Marchand, n° 99.3636

### 2<sup>e</sup> espèce

● Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 2143-4 du Code général des collectivités territoriales : "Il est créé une commission consultative compétente pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une convention de gestion déléguée. Elle doit comprendre parmi ses membres des représentants des associations d'usagers du ou des services concernés..." qu'il ne ressort pas de ces dispositions que la légalité des décisions de la nature de celle qui est attaquée soit soumise à la consultation préalable d'une telle commission.

(...)

● Considérant que la convention conclue par la ville de Laval avec la société Aquaval, à laquelle les parties ont entendu donner la forme d'une concession, prévoit que la rémunération du cocontractant de l'administration est assurée, à titre principal, par les ressources tirées de l'exploitation du service concédé et de l'ensemble des installations et ouvrages qui le composent ; que si ladite convention prévoit, en outre, que, pour tenir compte des contraintes particulières de fonctionnement, des tarifs préférentiels et des droits d'utilisation prioritaires de l'ouvrage imposés par le concédant, la ville versera une participation financière à la société concessionnaire, il ne ressort pas des pièces du dossier que la rémunération de cette dernière ne serait pas substantiellement assurée par les produits de l'exploitation de l'ouvrage ; qu'ainsi, sans qu'il y ait lieu d'ordonner l'expertise sollicitée, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le contrat litigieux aurait le caractère non d'une délégation de service public, mais d'un marché soumis aux règles du Code des marchés publics ;

**NOTE** Ces deux décisions (TA Besançon, 26 nov. 2001, Sté Financière Sport et Loisirs GESCLUB c/ Communauté cnes Val-

de-Morteau, n° 01.1800. - TA Nantes, 6 nov. 2001, M<sup>me</sup> Françoise Marchand, Req. n° 99.3636) rendues à quelques jours d'intervalle frappent par leur apparente similitude dans les faits et dans les points de droit qu'elles soulèvent.

Toutes deux, en effet, concernent l'attribution de contrats portant sur l'exploitation de piscines de loisirs. contrat qualifié de "régie intéressée" dans un cas (Ord. préc. ; à propos d'un contrat de "régie intéressée", V. SMITOM, CE, 30 juin 1999, Synd. mixte traitement des ordures ménagères Centre-ouest Seine-et-Marnais : AJDA 1999, p. 714, concl. M<sup>me</sup> Bergeal), de "concession" dans l'autre (TA Nantes, 6 nov. 2001, préc.).

Les requérants contestaient la qualification de marché public (TA de Besançon) ou de délégation de service public (TA de Nantes) retenue par les collectivités.

Dans la première affaire (ord. 26 nov. 2001 préc.) fut confirmée la qualification de marché public, dans la seconde celle de délégation de service public (TA Nantes, 6 nov. 2001, préc.).

Là réside l'intérêt essentiel de ce jugement et de cette ordonnance en ce qu'elles éclairent parfaitement les orientations jurisprudentielles sur la distinction délégation de service public - marché public (CE, 11 déc. 2000, M<sup>me</sup> Agofroy : Rev. concessions, 2001, p. 61).

Voici donc deux contrats dont l'un est passé conformément au code des marchés et qui est attaqué au motif qu'il serait une délégation de service public et dont l'autre est passé conformément aux dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi "Sapin", mais qui serait un marché public.

La Communauté de communes du Val-de-Morteau, en effet, avait lancé un appel d'offres conformément au Code des marchés publics (CMP) en vue de confier à une entreprise la gestion d'un centre nautique et de loisirs, sous la forme d'un contrat de "régie intéressée". La Sté Gesclub attaqua la décision du Conseil de la communauté de communes autorisant son président à signer le contrat avec la Sté Vert-Marine sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. La Sté Gesclub considérait que "les régies intéressées sont des délégations de service public dans leur principe même" et qu'en conséquence, "la procédure de passation du marché qui a finalement été conclu avec la Sté Vert-Marine ne peut être regardée comme ayant respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence propres à la délégation de service public".

Le Président du Tribunal rejeta la requête de la société requérante, en estimant qu'au cas d'espèce un contrat "dans lequel le cocontractant, à raison de sa gestion, n'encourt que des risques limités et ne peut bénéficier que d'un intéressement limité aux résultats, constitue, non une délégation de service public, mais un marché public".

Devant le TA de Nantes, le requérant attaqua, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la délibération par laquelle le conseil municipal de Laval avait décidé de confier à la Sté Aquaval la délégation de service public relative à la conception, la construction et l'exploitation d'une piscine de loisirs. Sur le fond, la requérante contestait la qualification de "concession" donnée par les parties au contrat - et donc de délégation de service public - au motif que la rémunération du contractant "ne serait pas substantiellement assurée par les produits de l'exploitation de l'ouvrage". Le TA de Nantes rejeta la requête au motif qu'il ne ressortait pas "des pièces du dossier que la rémunération de cette dernière [la société concessionnaire] ne serait pas substantiellement assurée par les produits de l'exploitation de l'ouvrage".

Dans les deux affaires, la question générale était de savoir si la qualification de "régie intéressée" ou de "concession" postulait celle de délégation de service public.

Conformément à une solution généralement admise (outre l'arrêt SMITOM préc., voir par exemple, CE, 11 déc. 1963, ville de Colombes : Rec. CE, p. 612. - sect., 26 nov. 1971, Sté SIMA : Rec. CE, p. 723. - 11 juill. 1986, Préfet Creuse : Rec. CE, tables, p. 611. - 12 mars 1999, Ville de Paris c/ Sté Stella Maillot Orée-du-Bois : AJDA 1999, p. 439), le juge ne s'est pas estimé lié par les qualifications juridiques données par les parties à leurs contrats.

La jurisprudence administrative marque, en effet, son attachement "au contenu du contrat, non à l'intitulé qu'il a plu aux parties de lui donner" (arrêt SMITOM préc. : AJDA 1999, p. 715).

Dans l'affaire de la Communauté de communes du Val-de-Morteau, même si le contrat portant sur l'exploitation de la piscine avait été qualifié de "régie intéressée" – contrat traditionnellement classé dans la catégorie des délégations de service public (P. Delvolvé, Droit public de l'économie : D. 1998, n° 520 et s., de même, les travaux parlementaires de la loi "Sapin" font apparaître que "les délégations de service public ne sont pas définies par un texte mais elles prennent, en pratique, des formes différentes : concessions surtout (...), affermage (...), régies intéressées (...), gérances (...), rapport du Sénat relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques", 1992-1993, p. 83 et s.) – le juge a procédé à une analyse des modalités de rémunération du cocontractant pour en tirer, au cas d'espèce, la qualification juridique qu'il estimait devoir être donnée au contrat, à savoir celle de marché public.

Il en a été de même pour les juges de Nantes qui relèvent que "la convention conclue entre la ville de Laval avec la Sté Aquaval, à laquelle les parties ont entendu donner la forme d'une concession ...", sans en tirer, *a priori*, de conséquence juridique, et qui ont pris soin de vérifier dans "les pièces du dossier" qu'aucun élément ne s'opposait à cette qualification.

Sur le fond, tout dépendait donc des modalités de rémunération des cocontractants au regard du critère de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation.

C'est d'ailleurs ce que confirmera peu de temps après la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 "portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier" qui reprendra à son compte les solutions jurisprudentielles :

"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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service".

Devant le TA de Besançon, la question essentielle portait sur l'intéressement contractuellement arrêté : était-il de nature à rendre la rémunération comme "substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation", et donc, à conduire à la qualification de délégation de service public ? La rémunération du cocontractant était composée de deux éléments : d'une part, une rémunération annuelle forfaitaire, garantie par la Communauté de communes et versée par elle ; d'autre part, un intéressement du gestionnaire du centre nautique et de loisirs aux résultats obtenus. Il restait à apprécier la part de cet intéressement. Elle pouvait connaître une modulation limitée à la baisse comme à la hausse : à la baisse, la variation était au maximum de 10 % de sa rémunération forfaitaire si les résultats prévus n'étaient pas atteints ; à la hausse, l'amélioration éventuelle des résultats profitait uniquement à la Communauté de communes. Ce n'est que si l'amélioration dépassait de 10 % les prévisions du compte prévisionnel d'exploitation que le gestionnaire obtenait une part de cette amélioration. Dans ces conditions, le Président a estimé que le contrat constituait un marché public et non une délégation de service public, dans la mesure où le "mode d'intéressement du cocontractant ne fait dépendre qu'à la marge sa rémunération de l'efficacité et des résultats qu'il aura obtenus".

Devant le TA de Nantes, la requérante relevait que la société concessionnaire devait se voir verser une "participation financière" par la ville, participation liée vraisemblablement aux contraintes de service public imposées ("tarifs préférentiels", "droits d'utilisation prioritaires de l'ouvrage imposés par le concédant"). Sous-jacente, l'idée était donc de démontrer que la participation financière versée par la collectivité ruinait l'idée même d'une rémunération du cocontractant tirée de manière substantielle des ressources de l'exploitation. Le tribunal n'a pas suivi ce raisonnement en relevant que "la rémunération du cocontractant de l'administration est assurée, à titre principal, par les ressources tirées de l'exploitation du service concédé et de l'ensemble des installations et ouvrages qui le composent" et que, quand bien même une participation financière était versée par la ville, la démonstra-

tion n'avait pas été faite de ce qu'elle serait de nature à remettre en cause une rémunération substantiellement assurée par les produits de l'exploitation.

Sur le fond, ces deux décisions s'insèrent donc parfaitement dans la ligne de la jurisprudence du Conseil d'État (arrêt SMITOM, concl. M<sup>me</sup> Bergeal, préc. – CE, 7 avr. 1999, Cne de Guilerand-Granges : ADJA 1999, p. 517), de la CJCE (10 nov. 1998, Gemente Arnhem c/ BFI Holding, C360/96, BJCP n° 2 p. 155, concl. A. La Pergola), et de la Commission des communautés européennes (Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire, 12 avr. 2000, p. 8 et s.) qui fait de la gestion aux risques et périls une caractéristique de la concession (Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire, 12 avr. 2000, point 2.1.2 *in fine* : Si les pouvoirs publics prennent à leur charge les aléas liés à la gestion de l'ouvrage, en assurant par exemple le remboursement des financements, l'élément du risque fait défaut. Dans ce cas là, la Commission est d'avis qu'il s'agit d'un marché public de travaux et non pas d'une concession), et plus généralement de la délégation de service public.

C'est bien d'elle dont dépend la qualification de délégation de service public ou de concession au sens communautaire du terme : il ne saurait y avoir délégation de service public lorsque la rémunération est forfaitaire, garantie et payée par l'administration et ne dépend "qu'à la marge" des résultats de la gestion du prestataire ; tel est, en revanche le cas, lorsque la rémunération est assurée "à titre principal" par les ressources de l'exploitation du service concédé, et ce, malgré le versement d'une participation financière.

**Remarque :** La décision du TA de Nantes est également intéressante au regard des règles procédurales mises en œuvre, particulièrement sur un point :

L'article L. 2143-4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dans sa rédaction applicable à l'époque des faits, prévoit la création d'une "Commission consultative compétente pour un ou plusieurs services publics locaux exploités en régie ou dans le cadre d'une Convention de gestion déléguée".

La question se posait de savoir si cette commission devait être consultée préalablement.

Le tribunal répond par la négative en considérant que ce texte ne rendait nullement obligatoire la consultation préalable de ladite commission, ce qui n'était effectivement pas le cas.

La solution serait tout autre aujourd'hui.

La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 "relative à la démocratie de proximité" a en effet créé un nouvel article L. 1413-1 inséré dans le CGCT, abrogeant l'article L. 2143-4 du CGCT, et renforçant les compétences de la nouvelle "Commission consultative des services publics locaux" qui est notamment "consultée pour avis par l'assemblée délibérante" [...] sur "tout projet de délégation de service public, avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant se prononce dans les conditions prévues par l'article L. 1411-4", c'est-à-dire avant la délibération sur le principe même de la délégation de service public.

Cette nouvelle disposition vise, on l'aura compris, à associer plus étroitement les usagers et associations de consommateurs aux choix importants des collectivités, notamment lorsqu'il s'agit de délégations de service public ou, d'ailleurs, de création de régies.

O. RAYMUNDIE  
Avocat

☞ **Mots-Clés :** Délégation de service public - Notion - Régie intéressée - Marché public

☞ **Juris-Classeur :** Administratif, Fascicules 660, 662