

MARCHÉS PUBLICS / SERVICES PUBLICS



Par Mathieu NOËL
Avocat
Cabinet Matharan-Pintat-Raymondie

Recettes annexes dans les contrats de partenariat

La loi du 28 juillet 2008 (L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, relative aux contrats de partenariat), qui est venue modifier l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat), a eu pour vocation essentielle de rendre le recours au contrat de partenariat plus attractif en assouplissant notamment ses conditions d'éligibilité, en sécurisant juridiquement et en précisant un certain nombre de dispositions de l'ordonnance de 2004.

L'évolution marquée par la loi du 28 juillet porte notamment sur le régime de ce que l'on peut appeler les recettes annexes du partenaire.

RLCT 1271 L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, relative aux contrats de partenariat

L'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi de 2008 définit les recettes annexes comme : « (...) *les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice* (...) » (CGCT, art. L.1414-12 d).

Si le principe de la perception des recettes annexes rappelle la pratique des contrats de délégation de service public, le nouveau dispositif élaboré par la loi de 2008 s'en distingue en l'exonérant de plusieurs contraintes, notamment celle liée à la limitation du volume des recettes annexes.

En effet, alors que l'exercice d'activités annexes dans le cadre des contrats de délégation de service public est restreint par le principe de spécialité des délégations de service public (v. Pintat P., DSP : le principe de spécialité face à l'exercice d'activités complémentaires, ACCP déc. 2003, p. 50), la loi de 2008 met en place un régime d'exploitation des activités annexes bénéficiant d'un périmètre large sur la base, notamment, de l'exploitation du domaine privé de la personne publique. À cet égard, alors que le délégataire perçoit ses recettes annexes d'activités autres que celles ressortant du service public délégué mais à partir des moyens du service public, la nouvelle loi de 2008 incite le partenaire à générer des recettes annexes par la valorisation d'équipements ou d'ouvrages autres que ceux dédiés au service public pris en charge par la personne publique contractante. On assiste ainsi à une banalisation de recettes privées dans le cadre d'un contrat ressortant de la commande publique (I).

Outre cette question de l'attractivité du contrat de partenariat par le régime favorable dont bénéficient les recettes annexes, on peut tirer de la loi de 2008, et de ses dispositions relatives aux recettes annexes, certains enseignements sur le régime de qualification des différents contrats de la commande publique. On peut en effet s'interroger sur l'impact que pourrait avoir la nouvelle loi sur la définition des contrats de délégation de

service public dont la distinction avec les contrats de partenariat n'est pas toujours aisée, et, plus particulièrement, sur l'appréhension du critère d'identification lié à la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service (II).

I - ATTRACTIVITÉ DU NOUVEAU RÉGIME DES RECETTES ANNEXES

Constatant que l'ordonnance de 2004 ne favorisait pas suffisamment la recherche de recettes annexes et, par là même, ne rendait pas le contrat de partenariat suffisamment attractif par rapport aux autres contrats de la commande publique, le législateur, par la nouvelle loi de 2008, a modifié sensiblement le dispositif existant (v. par ailleurs, Tenailleau F., Réforme du contenu du contrat de partenariat : une perspective essentiellement financière, RLCT 2008/39, n° 1128, p. 62).

La loi de 2008 porte la modification principalement dans deux directions. D'une part, elle encourage des personnes publiques à éloigner l'exploitation des activités annexes du siège du service, c'est-à-dire de l'ouvrage objet principal du contrat de partenariat, en ajoutant des dispositions sur la valorisation du domaine privé (A). D'autre part, elle permet que l'exploitation des activités annexes sur le domaine privé bénéficie d'une durée contractuelle plus longue que celle du contrat de partenariat (B).

A.- Déconnexion dans l'espace des activités annexes par rapport au siège du service public

Le régime des recettes annexes se comprend par une lecture combinée des articles L. 1414-12 d) et L. 1414-16 du CGCT codifiant de l'ordonnance de 2004 modifiée par la loi de 2008. L'article L. 1414-12 d) du CGCT modifié par la loi de 2008 renforce la possibilité au partenaire de se procurer ce que les travaux parlementaires préalables à la loi de 2008 désignent comme des « recettes annexes » en mentionnant « *les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en*

exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice » (AN, Rapport fait au nom de la Commission des lois (n° 779) relatif au contrat de partenariat, adopté par le Sénat, par M. Claude Goasguen, 18 juin 2008).

La perception des recettes annexes est donc fondée sur la valorisation du domaine, des ouvrages, équipements et biens immatériels.

Il convient alors de se reporter naturellement à l'article L. 1414-16 du CGCT, modifié par la loi de 2008, qui fixe le régime des droits dont le partenaire est susceptible de disposer sur le domaine, ouvrages et équipements et qu'il peut donc valoriser. Aux termes de cet article : « Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. (...) Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat ».

Ces deux articles marquent une évolution au regard du texte de l'ordonnance initiale de 2004 : alors que l'article L. 1414-12 du CGCT initial ne mentionnait que l'exploitation « des ouvrages et équipements » (l'article L. 1414-12 du CGCT issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 initiale mentionnait « (...) les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante (...) »), le texte modifié fait état, en sus, « du domaine » et des « biens immatériels ».

La mention de l'exploitation du domaine doit être lue à la lumière de l'article L. 1414-16 du CGCT de l'ordonnance ci-avant exposé. Celle des investissements immatériels peut être comprise à travers le développement des contrats de partenariat de services, notamment dans le domaine informatique où les droits de propriété intellectuelle sur les développements spécifiques réalisés pour le compte de la personne publique peuvent permettre la mise en place d'un dispositif de recettes annexes avec retour financier pour la personne publique cocontractante.

L'article L. 1414-16 du CGCT se trouve lui profondément modifié puisqu'en relation avec l'exploitation du domaine visée à l'article L. 1414-12, il prévoit un régime de valorisation de ce domaine en précisant que le partenaire pourra être autorisé à passer avec des tiers des baux de droit privé, notamment des baux générateurs de droits réels entraînant la construction d'ouvrages (bail emphytéotique, bail à construction), y compris pour une durée plus longue que celle du contrat de partenariat. L'article L. 1414-16 incite, dans ce cadre, à une délimitation du domaine privé et du domaine public mis à la disposition du partenaire par la personne publique.

On comprend donc que le partenaire est encouragé à réaliser, ou plutôt à faire réaliser, outre des ouvrages affectés au service public dont la personne publique a la charge, des ouvrages purement « privés ». Il s'agit ici d'une banalisation de la recette privée dans un contrat public.

Les travaux parlementaires apportent un éclairage particulier sur la motivation de cette modification portée par la loi de 2008 : « Afin que ce régime d'utilisation à des fins privées de tout ou partie des ouvrages ou équipements répondant à titre principal aux besoins d'une personne publique soit plus explicitement encadré, le présent article prévoit de compléter l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 (CGCT, art. L. 1414-16, pour les collectivités) par un alinéa relatif au régime domanial des terrains faisant l'objet d'un contrat de partenariat et à la valorisation à des fins privées de ces terrains (...) ».

La « délimitation (du domaine public et du domaine privé) permettra de déterminer avec précision quels biens construits dans le cadre du contrat de partenariat feront partie du domaine public et, a contrario, quels biens feront partie du domaine privé. L'appartenance des biens au domaine public ou au domaine privé aura notamment pour conséquence de ne pas permettre selon les mêmes conditions la production de recettes annexes. Le contrat pourra notamment comporter des clauses restreignant ou interdisant la possibilité de recettes annexes provenant du domaine public, afin de garantir l'intégrité et l'affectation de ce domaine. En revanche, le partenaire privé aura toute latitude pour construire sur le domaine privé des ouvrages exclusivement destinés à la production de recettes annexes. / Le nouvel alinéa prévoit d'autre part que le partenaire privé pourra consentir des baux dans les conditions du droit privé pour les biens appartenant au domaine privé » (v. rapport précité de M. Claude Goasguen).

Ainsi, après la modification de l'ordonnance du 17 juin 2004 par la loi de 2008, les recettes annexes pourront être perçues par le partenaire au moyen de deux types d'exploitation :

- Tout d'abord, l'exploitation du domaine public, ou plus précisément des ouvrages réalisés sur le domaine public de la personne publique et affectés au service public auquel concourt le partenaire. Dans ce cas, le partenaire exploite les ouvrages qui sont le support même du service public de la personne publique, mais pour des activités étrangères à cette mission de service public. La loi de 2008 fixe une limite, qui rejoint les règles générales d'occupation du domaine public : le contrat doit garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

On précisera que, dans cette hypothèse, ce n'est pas seulement l'affectation du domaine public qui devra être garantie par le partenaire mais aussi le service public pris en charge par la personne publique dont l'ouvrage est le support. En effet, dans la plupart des cas où le partenaire se verra octroyer des droits réels sur les ouvrages, ceux-ci n'appartiendront pas au domaine public de la personne publique pendant la durée du contrat (v. Dal Farra T. et Hansen Ph., La valorisation du domaine par les titulaires de contrats de partenariat, ACCP n° 81, p. 73). Le respect des missions de service public consistera notamment à garantir l'affectation prioritaire des installations aux besoins de la personne publique (CE, avis, 24 janv. 1995, Rapp. public 1995, p. 467).

Il consistera, en outre, à interdire certaines activités non compatibles avec le service public concerné. À titre d'exemple, dans le domaine de l'enseignement, si certaines activités commerciales semblent autorisées dans l'enceinte de l'établissement en ce qu'elles en constituent le complément normal (une librairie dans une université (CE, 10 mai 1996, n°s 142064, 142066, SARL La Roustane et autres)) ou des distributeurs de boissons (Circ. 28 mars 2001, NOR : MENG0100585C), les activités publicitaires apparaissent plus restreintes.

Ces contraintes sont voisines de celles auquel se trouve assujéti un délégué de service public. Le délégué ne peut

développer des activités commerciales annexes au service public que si elles sont complémentaires au service public, présente un intérêt pour la collectivité délégante et doivent rester accessoires par rapport à l'activité principale (Moreau D., Les marchés de service public, Ed. Moniteur, 2005, p. 86).

C'est en raison de ces limites que le législateur a souhaité tourner la difficulté en favorisant la perception des recettes annexes à l'extérieur des ouvrages dédiés au service public.

– Ensuite, l'exploitation du domaine privé de la personne publique mis à la disposition du partenaire au moyen d'ouvrages ou d'équipements n'ayant aucun lien avec le service public pris en charge par la personne publique contractante.

Pour ce faire, le partenaire pourra, avec l'accord de la personne publique, constituer des baux de droit privé sur ces terrains ou ouvrages dans les conditions ci-dessus évoquées.

Il pourra s'agir par exemple, sur ces parcelles disponibles, de permettre au partenaire d'exercer (ou plutôt de faire exercer) des activités d'hôtellerie, de restauration...

On doit considérer que ces parcelles pourront être géographiquement éloignées du siège principal où s'exécute la mission de service public à laquelle va concourir le partenaire dans le cadre de son contrat. Alors que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, les activités annexes doivent, en principe, être le complément normal du service public, être limitées en quantité et sont tirées de l'exploitation des moyens du service public, la loi de 2008 établit un régime qui privatise l'exploitation des recettes annexes en l'éloignant de l'ouvrage objet principal du contrat de partenariat.

B.- Déconnexion dans le temps des activités annexes par rapport au contrat de partenariat

S'agissant de la durée des baux que le partenaire serait amené à conclure sur le domaine privé de la personne publique, la loi de 2008 souligne que ces baux pourront être passés pour des durées plus longues que celle du contrat de partenariat lui-même.

Évoquant en séance publique l'exemple du contrat de partenariat relatif à la construction du grand stade de Lille, le rapporteur du projet de Loi expliquait ainsi que le titulaire du contrat de partenariat serait désormais en mesure de consentir un bail pour la construction d'un hôtel, ce qu'il n'avait pu faire dans la mesure où un tel bail ne pouvait être conclu que pour une durée supérieure à celle du contrat de partenariat. Le Conseil constitutionnel saisi de la question du respect du droit de propriété et d'égalité devant les charges publiques qui « font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine » a considéré que « les autorisations données par la personne publique en application des dispositions contestées, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de partenariat ; que, si les dispositions déferées permettent à la personne publique d'autoriser le partenaire privé à consentir des baux et à constituer des droits réels pour une durée excédant celle du partenariat, elles n'ont pas pour effet de permettre à ce partenaire de demeurer titulaire de tels baux ou de jouir

de tels droits au-delà de la durée du partenariat ; que ces baux et ces droits seront, à l'issue de la durée du partenariat, transférés à la personne publique » (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC).

Ainsi, à l'issue du contrat de partenariat, la personne publique pourra se trouver dans une situation de bailleur s'agissant d'un contrat portant sur une activité purement commerciale. Les recettes annexes perçues pendant la durée du contrat par le partenaire deviendront celles de la personne publique.

Outre le fait que la personne publique se substituera au partenaire dans l'exécution des baux au terme du contrat de partenariat, le Conseil constitutionnel, afin de garantir le respect du droit de propriété, insistait en outre sur le nécessaire retour financier de l'exploitation du domaine au profit de la personne publique.

La possibilité accordée au partenaire de conclure des baux sur le domaine de la personne publique, y compris d'une durée plus longue que celle du contrat de partenariat, doit être fondée par l'intérêt financier de la personne publique.

Pour le Conseil constitutionnel : « il résulte en outre des travaux parlementaires que la possibilité de fournir au partenaire privé des recettes annexes, en l'autorisant à passer des baux et à constituer des droits réels sur une partie du domaine privé, est destinée à permettre une réduction correspondante de la rémunération due au titre du partenariat ; que, dès lors, ces autorisations ne sont pas dépourvues de contrepartie appropriée » (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, précitée).

Le texte de l'ordonnance exige d'ailleurs dans ce cadre que les recettes annexes que le partenaire pourra être autorisé à percevoir doivent apparaître dans la rémunération versée par la personne publique⁽¹⁾.

Si la loi de 2008 vise à l'extension du régime des recettes annexes du partenaire, elle semble avoir touché à la problématique plus générale de la distinction des grandes catégories des contrats de la commande publique, en particulier de la distinction entre les marchés soumis au Code des marchés publics, d'une part, et les délégations de service public, d'autre part.

II - VERS UNE CLARIFICATION DU RÉGIME DE DISTINCTION DES DIFFÉRENTS CONTRATS RESSORTANT DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

Depuis l'apparition des contrats de partenariat dans le droit de la commande publique, la doctrine s'est interrogée sur la frontière exacte existant entre les contrats de partenariat et les contrats de délégation de service public sous forme de concession (Debouzy O. et Guillot P., Le contrat de partenariat public-privé et la réforme de l'achat public ; Llorens F., Les contrats de partenariat, RJP 2004, p. 523), en raison de la difficulté de différencier, dans tous les cas, la situation du partenaire réalisant les

(1) CGCT, art. L. 1414-12 : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, (...), le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice (...). »

ouvrages supports du service public et concourant à une mission de service public par ses prestations de service, d'une part, et le délégataire de service public en charge du service public, d'autre part. La similitude de l'objet des contrats de partenariat et des délégations de service public rend la distinction de ces deux types de contrats parfois malaisée (A). Dans ce cadre, il devient donc nécessaire de pouvoir identifier la frontière entre ces deux contrats par le critère financier. La loi de 2008, éclairée par les débats parlementaires, participe de cette indispensable distinction, notamment à travers ses dispositions sur le régime des recettes annexes (B).

A.- Frontière entre contrat de partenariat et contrat de délégation de service public au regard du critère de l'objet

Les auteurs de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative au contrat de partenariat avaient eu la volonté de bien différencier le contrat de partenariat du contrat de délégation de service public (sous forme de concession) en s'appuyant sur le critère de l'objet.

« *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. / Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* » (CGCT, art. L. 1414-1).

La distinction avec le contrat de délégation de service public semble donc claire en apparence : alors que le contrat de délégation de service public transfère la charge effective d'un service public au délégataire (CE, Ass., 4 nov. 2005, n° 24799, Sté Jean-Claude Decaux), le contrat de partenariat ne peut transférer au partenaire qu'une mission de concours au service public dont la charge reste celle de la personne publique.

Comme certains auteurs, on peut néanmoins se montrer dubitatif sur la frontière affichée par le texte de l'ordonnance entre les deux catégories de contrats en soulignant le fait que, bien souvent, l'ouvrage à réaliser se confond étroitement avec le service public dont il sera le support. La gestion/exploitation de l'ouvrage pouvait alors rapidement être assimilable à celle du service public afférent.

Interrogé par un parlementaire, le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a lui-même admis la difficulté de différencier les contrats de partenariat des contrats de délégations de service public en fonction de leur objet.

Une réponse ministérielle considère que le partenaire puisse prendre en charge une mission de service public dont l'équipement public qu'il a à réaliser est le support à partir du moment où ce partenaire n'est pas rémunéré substantiellement sur les résultats de l'exploitation du service public.

Il ressort ainsi d'une réponse ministérielle en date du 18 mai 2006 que : « *La frontière entre les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat tient d'abord à l'objet du contrat. (...) Il ressort de l'article 1^{er} de l'ordonnance sur les contrats de partenariat (...) que l'objet du contrat ne porte pas sur l'exercice d'une mission de service public en tant que telle : ces dispositions ne font référence qu'à la réalisation*

et à la gestion d'ouvrages ou d'équipements ; lorsqu'elles évoquent l'exercice d'une mission de service public, c'est pour préciser que la personne publique en est chargée. Il reste qu'en pratique de nombreuses situations se présentent dans lesquelles il peut paraître délicat de distinguer au quotidien ce qui relève de l'exploitation d'un service public et de l'exploitation d'un ouvrage ou équipement. Ainsi, en ce qui concerne les infrastructures de réseaux, les ouvrages d'art, les équipements sportifs ou autres équipements spécialisés, la différence entre exploitation du service public et exploitation d'un ouvrage n'est pas nette. Dans ces cas limites, la distinction entre contrat de partenariat et délégation de service public ne pourra pas se faire nettement par le critère de l'objet du contrat, mais se fera en prenant en compte la logique économique et financière du contrat » (Rép. min. à QE n° 95948, JO AN Q. 27 juin 2006, p. 6843). Dans certains domaines où la gestion/exploitation d'un ouvrage porteur du service public, la distinction sur le critère de l'objet ne sera pas donc pas déterminante.

Il convient donc naturellement de se tourner vers le second critère de qualification d'un contrat de délégation de service public, c'est-à-dire celui lié à la rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

B.- Frontière entre contrat de partenariat et délégation de service public au regard du critère financier et recettes annexes

La réponse ministérielle précitée s'est précisément attardée sur ce point en soulignant que : « (...) *pour les délégations de service public, il existe un seuil de variation de la rémunération en fonction des résultats de l'exploitation en deçà duquel un contrat ne peut plus être regardé comme une délégation, car dans ce cas le cocontractant ne supporte pas un risque suffisant d'exploitation. Mais ce seuil est calculé par rapport aux recettes tirées de l'exploitation du service qui fait l'objet du contrat, et non par rapport à des recettes annexes. En contrat de partenariat la part que prend la rémunération tirée des recettes annexes n'a aucune influence sur le régime juridique appliqué à l'activité qui fait l'objet même du contrat.* ».

Ainsi, le montant des recettes annexes est considéré comme indifférent pour la qualification du contrat de partenariat dès lors qu'en délégation de service public les résultats de l'exploitation renvoient uniquement aux recettes tirées de l'exploitation du service public lui-même et non d'autres recettes générées par le contrat en cause.

Cette réponse ministérielle n'a pas totalement convaincu les personnes publiques signataires des contrats de partenariat qui, en pratique, ont souvent souhaité plafonner le montant de la part des recettes annexes dans la rémunération du partenaire afin de ne pas courir un risque éventuelle de requalification du contrat en délégation de service public.

La distinction des deux catégories de contrats sur le critère financier n'est, par ailleurs, pas apparue suffisante aux auteurs de la proposition de loi initiale sur les contrats de partenariat venant modifier l'ordonnance du 17 juin 2004 (prop. loi Novelli relative aux contrats de partenariat, AN n° 3730, enregistrée le 15 février 2007), laquelle précisait que les recettes « complémentaires » ne pouvaient excéder 36 % de l'ensemble de la rémunération du cocontractant de la personne publique.

En faisant simplement état, pour motiver la modification de l'ordonnance de 2004 en plafonnant le montant des recettes annexes, de « *textes applicables* » non « *dépourvus d'ambiguïté* », la motivation de la proposition de loi n'était pas parfaitement claire sur la nature des risques juridiques encourus

par l'existence de recettes annexes. On peut alors penser à la problématique de la prise en compte du montant des recettes annexes pour la caractérisation de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation des délégations de service public mais, aussi, le cas échéant, à la problématique de surdimensionnement des équipements publics dans le cadre de ces mêmes contrats.

En tout état de cause, cette proposition de plafonnement a disparu du projet de loi sur les contrats de partenariat et dans la loi modificatrice finalement votée. Néanmoins, le législateur a saisi cette problématique liée à la nécessaire distinction entre délégation de service public et contrat de partenariat. Le législateur a en effet précisé à l'article L. 1414-12 du CGCT que les recettes annexes devaient provenir d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique. Ainsi, alors que le texte initial de l'article L. 1414-12 issu de l'ordonnance de 2004 faisait état d'activités destinées à répondre à « des besoins autres que ceux de la personne publique cocontractante », l'article L. 1414-12 modifié mentionne « des activités étrangères aux missions de service public de la personne publique » en prenant soin de préciser que ces activités ne doivent pas porter préjudice à ces missions de service public.

Selon les débats parlementaires, cette précision doit éviter « toute possibilité de confusion avec les recettes perçues dans le cadre d'une délégation de service public (...), dans la mesure où les recettes perçues par un délégataire sont à l'inverse des recettes assurant la rémunération de ce délégataire dans le cadre de l'exploitation d'un service public ».

La loi pourrait alors avoir pour effet, d'une manière plus générale, d'éclaircir la condition de qualification d'une délégation de service public tirée de la « rémunération substantiellement liée les résultats de l'exploitation du service ». Cette condition n'est en effet pas toujours parfaitement limpide à la lecture des différentes décisions du juge administratif quant à l'origine des recettes qu'il convient de prendre en compte pour déterminer les résultats d'exploitation.

On sait que, pour le juge administratif, les résultats de l'exploitation ne sont pas forcément liés aux recettes perçues auprès des usagers du service public, mais peuvent aussi être liés aux sommes versées par la personne publique délégante elle-même (cas des régies intéressées) ou par d'autres personnes publiques sous la forme de subventions ou encore des usagers autres que le bénéficiaire principal du service (CE, 30 juin 1999, n° 198147, SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais, AJDA 1999, p. 714, concl. Bergeal C.).

Mais, certaines décisions laissent apparaître, en outre, que l'origine des recettes recouvre un périmètre encore plus vaste et renvoie à des recettes très éloignées de celles tirées de l'exploitation du service public lui-même. Il en va ainsi des recettes commerciales que le délégataire peut percevoir en sus des redevances payées par les usagers du service public. Dans ses conclusions sur l'arrêt « SMITOM » précité, le Commissaire du gouvernement Madame Bergeal l'affirmait en considérant qu'il « doit être clair que par résultats d'exploitation, il doit être entendu résultats financiers des produits engendrés par la gestion du service. Cela n'exclut donc pas que puissent être prises en compte d'autres sources de revenus liées à

l'exploitation, que celles directement perçues sur l'usager, par exemple des recettes publicitaires ».

Cette analyse a été reprise par un certain nombre d'arrêts qui ont apparus inclure les recettes commerciales tirées d'activités annexes au service public, mais permises par l'attribution du contrat en question, dans les résultats de l'exploitation d'une délégation de service public (v. CAA Bordeaux, 15 nov. 1999, n° 97BX02131, Cne de Bordeaux ; ou encore CAA Lyon, 24 oct. 2000, nos 96-1868 et 96-1900, Cne de Val d'Isère, SA Secours aérien français c./ Sté Mont Blanc Hélicoptère, concl. Bourrachot F., BJCP 2001, n° 17, p. 320 ; ou encore les conclusions du Commissaire du gouvernement sur le jugement TA Nice, 19 oct. 2007, n° 0506564, Préfet des Alpes-Maritimes, s'agissant de la vente de repas à des clients autres que les usagers du service public)⁽²⁾.

En droit communautaire, « la concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, c'est-à-dire des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (Dir. cons. CE n° 2004/18, 31 mars 2004, art. 1^{er}). Une définition correspondante est donnée pour les concessions de service.

Sur la base de cette définition, le juge communautaire identifie un contrat de concession, et non un marché public, dès lors que le titulaire du contrat supporte un risque économique dans l'exercice de son activité (CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Auroux ; CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen GmbH). Dans ce cadre, rien ne s'oppose à ce que le risque pris par le délégataire découle de

la perception ou non de recettes annexes tirées de l'exploitation de l'ouvrage prévues dans le compte prévisionnel de l'activité lors de la remise de son offre.

Comme le souligne le Professeur Laurent Richer (Richer L., Délégation de service public : le critère du risque financier, AJDA 2008, p. 2454), le juge administratif apparaît désormais, en ligne avec le droit communautaire, prendre pleinement en compte ce critère du transfert du risque lequel se trouve intégré au critère financier caractérisé par l'exigence d'une rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CE, 7 nov. 2008, n° 291794, Dpt de la Vendée).

En tout état de cause, et en contradiction avec le droit communautaire et la jurisprudence exposés ci-avant, si l'on en

(...) le juge
communautaire identifie
un contrat de concession,
et non un marché public,
dès lors que le titulaire du
contrat supporte un risque
économique dans
l'exercice de son activité

(2) On relèvera néanmoins que la plupart de ces arrêts sont intervenus avant la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 qui est venue préciser l'arrêt du Conseil d'État « Préfet des Bouches-du-Rhône » (CE, 15 avr. 1996, n° 168325). Alors que ce dernier faisait mention de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, la loi MURCEF porte sur la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le sens à donner à cet ajout n'a toutefois pas véritablement été précisé. Ces arrêts rendus par le juge administratif pourraient d'ailleurs fonder un nouveau débat sur la qualification des marchés publics de mobiliers urbains qui mélangent aujourd'hui fréquemment, outre ces mobiliers, des vélos. Si l'on considère que la mise à disposition de vélos constitue un service public et qu'il existe donc prise en charge d'une activité de service public par le titulaire du contrat de mobiliers urbains, le critère de l'objet d'une délégation de service public serait satisfait et le critère financier mériterait alors d'être examiné. Or, si les recettes publicitaires perçues sur les mobiliers urbains devaient entrer dans les résultats de l'exploitation d'une délégation de service public, la qualification de ce type de contrats pourrait évoluer.

croit l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi de 2008, le fait que les recettes annexes du partenaire proviennent d'activités étrangères au service public empêcherait toute requalification en délégation de service public.

Compte tenu des débats parlementaires qui encouragent, dans un objectif de sécurité juridique, la perception des recettes annexes à l'extérieur de l'ouvrage affecté au service public auquel concourt le partenaire, on pourrait toutefois s'interroger sur la distinction entre recettes annexes tirées de cet ouvrage et recettes annexes tirées de l'exploitation du domaine privé. Les premières pourraient-elles être davantage prises en considération lors de l'examen du critère relatif aux résultats substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ? Ainsi, contrairement aux développements qui viennent d'être faits sur la base d'un certain nombre de décisions jurisprudentielles, selon l'ordonnance de 2004 modifiée par la loi de 2008, une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'activités annexes ne suffit pas à qualifier un contrat de délégation de service public quand bien même la construction de l'économie de l'offre sur la base de ces recettes traduirait le transfert d'un risque financier à l'opérateur.

EN CONCLUSION

On observera si ce nouveau dispositif législatif de perception des recettes annexes qui se veut attractif aura un effet pratique sur la rédaction des nouveaux contrats de partenariat en supprimant notamment les plafonds de recettes annexes parfois observés.

Le fait que le montant des recettes annexes puisse ne pas être limité, sur la base notamment de la déconnexion des recettes annexes dans l'espace et dans le temps par rapport au service public auquel concourt le partenaire, marque une différence réelle entre le contrat de partenariat et le contrat de délégation de service public. L'évaluation préalable au recours au contrat de partenariat pourra en tirer un certain avantage au profit de ce dernier.

S'agissant de l'effet que pourra avoir la loi de 2008 sur la question de l'absence d'incidence du montant des recettes annexes sur la distinction entre le contrat de partenariat et le contrat de délégation de service public, il conviendra d'être attentif aux prochaines décisions du juge administratif rendues en la matière. ♦