

# De la piscine au centre aquatique : la gestion d'équipements sportifs et de loisirs

- La combinaison de deux catégories de besoins (natation et loisirs) amène les collectivités à initier des projets de centres aquatiques mêlant les aspects ludiques et sportifs et s'adressant à un spectre d'utilisateurs plus large.
- Le choix entre les différents montages contractuels envisageables pour réaliser et exploiter ces équipements n'est pas aisé.
- Cette difficulté résulte de la pluralité des possibilités existantes : concession, bail emphytéotique administratif, partenariat public-privé.

## Auteurs

Olivier Raymundie, avocat associé et Mathieu Noël, avocat, Cabinet Matharan Pintat Raymundie.

## Mots clés

Centre aquatique • Construction • Opération d'intérêt général • Activité sportive • Exploitation • Préviation de fréquentation • Service public • Externalisation • Concession • BEA • PPP • FCTVA • Financement • Subvention • Tarif • Amortissement •

## POUR ALLER PLUS LOIN

«Le service public», J.F. Auby, O. Raymundie, coll. AJ, 2003.

Le parc de piscines municipales construit pendant les années 1970-1980 dans le cadre du programme « 1000 piscines » se trouve au cœur d'une phase intense de renouvellement par les communes et leurs établissements publics de coopération intercommunale (epci) ; en témoigne notamment le large « plan piscines » lancé il y a peu par la région Ile-de-France. L'intervention des collectivités et, plus généralement, des personnes publiques dans ce domaine est surtout motivée par deux constats :

1. Certains de ces équipements sont, après des années d'exploitation, dans un état matériel d'obsolescence avancé qui amène les collectivités à s'interroger sur le devenir de ces installations.
2. Les besoins et comportements des usagers ont beaucoup évolué depuis la réalisation du programme « 1000 piscines » et ne sont plus en adéquation avec l'offre des piscines « traditionnelles ». C'est là une évolution majeure qui influence sensiblement les projets des collectivités territoriales.

Ces piscines ont été, dans leur conception et leur mode d'exploitation, très largement dédiées à l'apprentissage de la natation, comportant d'importantes surfaces de plans d'eau et, du même coup, peu ou pas de surface de détente. Aujourd'hui cette offre n'apparaît plus adaptée aux besoins d'utilisateurs nés avec le développement des parcs aquatiques favorisant une offre plus « ludique ».

La combinaison de ces deux catégories de besoins (l'apprentissage et la pratique de la natation d'une part, la recherche d'activités de loisirs ou de bien-être d'autre part) amène donc les collectivités à initier des projets de centres aquatiques mêlant les aspects ludiques et sportifs et s'adressant à un spectre d'utilisateurs plus large. En conséquence, ces nouveaux centres tendent à constituer des ouvrages de taille importante, de plus

en plus portés par les epci devenus, pour la plupart, compétents dans le domaine des équipements sportifs.

Dans ce contexte de multiplication des projets de réalisation des centres aquatiques et au moment où le législateur offre de nombreuses solutions contractuelles dans la mise en œuvre des grands équipements publics par la voie des contrats de partenariat, il paraît opportun pour les collectivités et leurs établissements de prendre le recul nécessaire s'agissant du mode de réalisation et d'exploitation de ces équipements. Le choix entre les différents montages contractuels envisageables peut être mené à l'aune des nouveaux besoins exprimés par les usagers (I) ainsi que des contraintes des collectivités locales (II).

## I. Caractéristiques des centres aquatiques

Les projets de réalisation de centre aquatique présentent un certain nombre de caractéristiques communes et témoignent de besoins ou d'impératifs que les collectivités veulent voir pris en compte dans le dispositif qu'elles mettront en œuvre pour la réalisation puis l'exploitation de ces centres.

### A) Caractéristiques de l'activité

#### 1 - Un service public qui a évolué en termes de contenu

D'un point de vue juridique, l'exploitation d'une piscine (municipale) est considérée depuis longtemps comme constitutive d'un service public. Ce service public fait partie de ceux qui peuvent alternativement être caractérisés de service public administratif ou de service public industriel et commercial à la lumière des critères jurisprudentiels traditionnels de différenciation de ces deux catégories de services publics<sup>(1)</sup>.

On relèvera néanmoins que cette distinction, qui est pourtant majeure du point de vue du régime juridique applicable (personnels, financement de l'activité ou encore structure comptable), reste quelque peu artificielle. Ainsi, comme il a pu être souligné, c'est la mise en œuvre même des critères de la distinction, comme celui tiré de l'origine des ressources, qui conduit à ce qu'une même activité soit administrative ou industrielle et commerciale<sup>(2)</sup>. Ce serait ainsi en fonction de la décision de l'autorité compétente de subventionner plus ou moins le service qui dicterait la qualification de ce service.

Au-delà, et compte tenu, de la mixité des activités sportives et ludiques d'un centre aquatique, la nature même du service conduit à s'interroger sur sa qualification. Il pourrait même être considéré, à l'image du droit fiscal qui différencie les activités d'un centre aquatique au regard du régime de la TVA en fonction de leur nature (concurrentielles ou non)<sup>(3)</sup>, qu'un centre aquatique porte à la fois un service public administratif (apprentissage de la natation notamment aux scolaires, accueil

des associations...) et un service public industriel et commercial (activités ludiques ou de remise en forme...). On serait alors en présence d'un « service public à double visage »<sup>(4)</sup> soumis à deux régimes différents.

#### 2 - Un service public plus ludique

De manière plus fonctionnelle, l'activité de gestion des piscines publiques au sens large a beaucoup évolué depuis le plan « 1000 piscines » ci-dessus évoqué. Partant de bassins traditionnels dédiés surtout à l'apprentissage de la natation (notamment pour les scolaires), les collectivités se sont peu à peu aperçues de l'inadéquation de cette offre avec les besoins des usagers, par ailleurs variables selon les tranches d'âge concernées. Ainsi, les piscines traditionnelles, composées principalement d'un plan d'eau sans espaces contigus, uniquement dédiées à la natation et souffrant par ailleurs d'un état matériel défectueux, sont peu à peu devenues obsolètes.

#### 3 - Une demande très changeante

En effet, le besoin aujourd'hui exprimé par les usagers ne se cantonne pas à la pratique sportive de la natation mais tend vers des activités aquatiques plus ludiques (bassins d'activités, rivières à courant, toboggans, jeux divers) et bîtes de « bien-être » (sauna, hammam, balnéo, cardio, espaces détentes...). Ces nouvelles activités sont d'ailleurs elles-mêmes soumises à une certaine évolution au gré des changements fréquents de comportements des usagers. Le centre aquatique d'aujourd'hui refléterait donc un modèle pluridisciplinaire comportant plusieurs bassins sportifs, polyvalents, espaces forme et plages bordant les bassins.

Néanmoins, les spécialistes du secteur s'accordent à penser que ce modèle n'est pas figé et qu'il est susceptible d'évoluer rapidement compte tenu du caractère très changeant de la demande. La nature changeante de la demande en termes de comportements (nature des activités souhaitées par les usagers) et de fréquentation rend difficile l'établissement de comptes d'exploitation prévisionnels du fait du peu de visibilité des besoins des usagers.

#### 4 - Le poids des investissements

Ajoutons que de tels projets portent généralement sur des investissements lourds pour les collectivités qui ne peuvent, comme d'autres secteurs, être financés par le seul usager, de telle sorte que l'exploitation du service s'accompagne de subventions d'exploitation. L'observation de la très grande majorité des piscines ou des centres aquatiques illustre en effet que le prix du ticket d'entrée ne couvre pas les investissements préalablement réalisés ainsi que les charges d'exploitation, dont la gestion des fluides et les salaires constituent les principaux postes.

#### 5 - Un service généralement aidé

C'est la raison pour laquelle, le service public lié à l'exploitation des piscines et des centres aquatiques est très aidé financièrement par le budget de la collectivité. On dénombre ainsi, outre l'achat des créneaux horaires pour les scolaires et les clubs

(1) CE 14 juin 1963, *Épx Hébert*; Lebon, p. 364, concl. Méric; D., 1964, jur. p. 326, note Lalumière (qualification de service public administratif) — CE 23 juin 1972, *Sté La plage de la forêt*, req. n° 81486; Lebon, p. 477; AJDA, 1972, I, p. 452 et II, p. 462 (qualification de service public industriel et commercial).

(2) B. Seiller, « L'érosion de la distinction Spic/SPA », AJDA, 2005, p. 417.

(3) Voir Rep. min. (JO Sénat du 20 janvier 2005, n° 14355, p. 171).

(4) J.-F. Lachaume, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », RFDA, 2003, p. 362.

sportifs, d'importantes subventions d'équipement et de fonctionnement qui sont versées chaque année au cocontractant. Les collectivités locales doivent prendre en compte ces facteurs, lors de leurs montages contractuels. Par ailleurs, ces facteurs doivent être combinés avec une autre donnée : le faible nombre d'intervenants capables de soumissionner pour des contrats de longue durée.

### B) Une tendance assez forte à l'externalisation du service

En pratique, les collectivités expriment le souhait de s'appuyer sur l'expertise technique d'opérateurs spécialisés pour construire et exploiter les centres aquatiques, ayant fait le constat de la demande évolutive des usagers, et de la difficulté d'animer un espace dédié simultanément à de nombreuses activités, de surcroît soumises à de multiples réglementations selon les publics et les activités concernés. Certaines collectivités apparaissent ainsi désireuses de transférer une grande part de la responsabilité juridique et financière à un tiers s'agissant d'une activité pour laquelle les risques ne doivent pas être mésestimés. Les collectivités initiatrices de projets de centres aquatiques prennent donc souvent la décision de l'externalisation, et non de la gestion en régie (qu'elle soit directe, autonome ou personnalisée). C'est ici que le degré souhaité ou possible de l'externalisation peut être variable (voir II *infra*).

Outre l'externalisation de l'exploitation de l'activité elle-même, les collectivités, s'inscrivant en cela dans une logique plus générale concernant nombre de leurs projets d'équipements structurants, font état de leur volonté d'externaliser le financement de l'ouvrage. Cette volonté de faire porter l'investissement se traduit alors naturellement par l'intérêt des montages déconsolidant au premier rang desquels figurent le contrat de concession, ainsi que d'autres dispositifs contractuels qui octroient au cocontractant la propriété des ouvrages édifiés pendant la durée du contrat, tels les baux emphytéotiques administratifs (BEA) assortis de conventions non détachables du bail. Les collectivités s'orientent donc, à première intention, vers des montages dans lesquels elles contractualisent avec un cocontractant unique capable d'assurer l'ensemble des missions nécessaires (contrat clé en main), élément qui leur apparaît éviter la dilution des responsabilités lors de l'exécution du contrat entre plusieurs intervenants. C'est en poursuivant cette logique que les collectivités exigent souvent la constitution entre les différents intervenants (financeur, concepteur, constructeur et exploitant) d'une société dédiée qui portera le projet.

Enfin, tout naturellement, les collectivités recherchent le meilleur prix, ce qui se traduit, certes par le niveau des tarifs proposés par les candidats mais surtout par le niveau des subventions d'équipement et de fonctionnement que ceux-ci sollicitent des collectivités.

C'est au regard de ces différents besoins les plus fréquemment exprimés et des caractéristiques du service que les collectivités se trouvent donc confrontées à différents montages contractuels permettant l'externalisation de l'ensemble des tâches participant du financement, de la construction puis de l'exploitation du centre aquatique.

## II. Quels montages contractuels ?

Un certain nombre de montages contractuels récents ou plus anciens sont susceptibles de répondre aux besoins exprimés par les collectivités ou les epci, c'est-à-dire la recherche d'un contrat global<sup>(5)</sup>.

### A) La concession assortie de droits réels

Le contrat de concession est parfaitement connu de l'ensemble des collectivités territoriales : il consiste pour celles-ci à confier à un opérateur – plus fréquemment à un groupement d'opérateurs – le financement et la construction de l'ouvrage support du service public, puis son exploitation. La durée du contrat étant fixée au regard de la durée d'amortissement de l'ouvrage, les contrats de concession dans le domaine des centres aquatiques devront être conclus pour des durées relativement longues (de l'ordre de 20 ans). À notre connaissance, ce type de contrat est encore peu fréquent mais suscite l'intérêt des collectivités locales. Ce contrat très intégré, « clé en main », avec un interlocuteur unique et dans un environnement juridique connu (la procédure de passation des contrats de délégation de service public codifiée aux articles L.1411-1 et s. CGCT)<sup>(6)</sup> peut être, de ce point de vue, de nature rassurante.

Le caractère global du contrat peut s'avérer, dans le domaine des centres aquatiques, effectivement assez indiqué compte tenu de la forte imbrication des éléments de conception, de construction et de maintenance/exploitation de l'ouvrage. En effet, il peut apparaître utile que l'exploitant soit partie prenante lors de la conception du projet et du choix des différents matériaux, étant précisé qu'il aura ensuite la charge quotidienne des travaux d'entretien ainsi que, plus généralement, de l'organisation du service. Il existe donc une certaine cohérence à proposer un montage dans lequel la conception de l'ouvrage et son exploitation sont appréhendés dans le cadre d'un même contrat.

(5) *Le recours à un contrat global n'est pas l'unique solution. La collectivité peut ainsi souhaiter demeurer dans un schéma classique de recours à la loi MOP (marché de maîtrise d'œuvre et de marché de travaux) et conclure, une fois l'ouvrage réalisé, un affermage soumis aux articles L.1411-1 CGCT, ou un marché de service conformément au CMP. Ce sont alors deux voire trois procédures qui devront être mises en œuvre. En outre, ces schémas juridiquement possibles nécessitent d'anticiper d'éventuels problèmes techniques liés à l'interface entre le constructeur et l'exploitant lors de l'entrée dans les lieux et, à plus long terme, la question de la prise en charge des dépenses afférentes au gros entretien et des réparations (GER)*

(6) *Il reste que, sur le terrain communautaire, les choses ne sont pas toujours aisées puisque la question de savoir si la concession est une concession de service ou une concession de travaux risque de se poser. En cas de concession de travaux, ce sont les dispositions de la directive 2004/18 sur les concessions de travaux qui s'appliqueront lorsque les seuils communautaires sont atteints. Notons, en revanche, que si la directive 2004/18 n'est pas applicable aux concessions de service (CJCE 6 mars 2007, Massimiliano Placanica et a., aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04; Europe, 2007, comm. 141, obs. D. Simon), il n'en demeure pas moins que celles-ci sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE (CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03; Rec. 2005, p. I-8585; CP-ACCP, n°50, décembre 2005, p.11; Droit des délégations de service public, note O. Raymondie), au premier rang desquelles figurent les principes de non-discrimination, à raison de la nationalité et, plus généralement, d'égalité de traitement (CJCE 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98; Rec. 2000, p. I-10745, pt 60). Ainsi, même en cas de concession de service, les collectivités devront effectuer une publicité au niveau communautaire, sauf raisons impérieuses d'intérêt général (CJCE 13 septembre 2007, Commission c/ République italienne, aff. C-260/04; CP-ACCP, n°71, novembre 2007, p.11; Europe, n°11, novembre 2007, comm. 299, note É. Meisse.*

Depuis le nouvel article L.1311-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT)<sup>(7)</sup>, les critiques tenant à l'absence d'octroi de droits réels au profit des concessionnaires sur les ouvrages en vue de faciliter leur financement ne sont dorénavant plus justifiées compte tenu de la possibilité pour la collectivité d'assortir le contrat de concession d'une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels. Cette initiative législative est heureuse si elle peut permettre le financement de nouveaux ouvrages.

Le contrat de concession n'en laisse pas néanmoins apparaître certains inconvénients spécifiques :

**1. La faible visibilité relative à la fréquentation source de clauses d'ajustements.** Le caractère instable de la demande usagers peut expliquer les réserves exprimées par certains intervenants quant aux engagements de fréquentation pour une durée contractuelle rendue relativement longue par la nécessité d'amortir des investissements préalablement réalisés (environ 20 ans). En s'engageant sur une longue durée dans le cadre d'un contrat de concession, et sauf stipulation contractuelle particulière, le risque de fréquentation sera, en principe, supporté par le concessionnaire sur la durée du contrat<sup>(8)</sup>. Outre les couvertures financières qui seront prises par le concessionnaire, ce dernier cherchera alors à se protéger par la négociation de clauses d'ajustements dans le contrat de concession afin d'encadrer ce risque (clauses de rencontre, clauses de révision des tarifs...).

**2. Le manque de concurrence lors de la passation du contrat.** Le recours au contrat de concession dans le domaine des centres aquatiques peut engendrer une déficience de concurrence lors de la passation du contrat compte tenu du faible nombre d'intervenants sur ce marché capables de s'engager sur une longue durée, ce qui peut être préjudiciable à la préservation des deniers de la collectivité et à celle des usagers du service public.

**3. L'incertitude de la demande source de surcoûts.** Le caractère incertain de l'évolution de la demande conduira les opérateurs à anticiper l'occurrence de risques de toutes natures et, partant, à les répercuter dans les coûts de construction et d'exploitation du centre nautique. Elle trouvera sa traduction dans le montant des subventions sollicitées, équivalentes à un volume de fréquentation assuré, et par l'insertion de clauses de rendez-vous périodiques lorsque surviennent certains événements. Cet inconvénient économique peut d'ailleurs devenir un problème juridique. On relèvera en effet qu'un certain nombre de trésoriers ont émis des critiques sur le caractère systématique des subventions d'exploitation versées aux délégataires dans le domaine des piscines en mettant parfois en exergue le risque de

requalification du contrat en marché public. Ces critiques tendent à pointer du doigt la nature des subventions d'exploitation qui pourraient être assimilées à des subventions d'équilibre, mettant en exergue l'absence de risque économique à la charge du gestionnaire de l'activité. On sait que le juge administratif recherche, dans chaque cas d'espèce, si une part substantielle de la rémunération du délégataire est liée aux résultats de l'exploitation. De ce point de vue, force est de constater que cette part est parfois réduite, dans le secteur des centres nautiques, à portion congrue<sup>(9)</sup>. Notons que certaines décisions se sont orientées davantage vers l'examen de l'existence ou non d'un risque véritable à la charge du cocontractant<sup>(10)</sup>. À la lumière de ces décisions, le risque juridique lié à une contribution trop importante de la collectivité garantissant le cocontractant contre tout risque de déséquilibre financier identifié par certains trésoriers, pourrait se vérifier.

De l'ensemble de ces éléments, il résulte qu'il n'est pas impossible que, confronté à la réalité de la gestion quotidienne du service public, le délégataire s'aperçoive, les années passant, de la fragilité de son modèle économique initial. Le risque sera alors celui de la passation d'avenants souvent censurés par le juge<sup>(11)</sup>.

## B) Le bail emphytéotique administratif avec convention non détachable d'exploitation du service public

On rappellera que le bail emphytéotique administratif (BEA) prévu aux articles L.1311-2 et s. CGCT permet aux collectivités et à leurs établissements d'octroyer sur leur domaine public des droits réels à l'emphytéote, lui permettant ainsi de pouvoir avoir accès plus facilement à des instruments de financement (crédit bail, hypothèque) pour les investissements qu'il réalise sur ce domaine.

La conclusion de ce bail peut être réalisée en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général. Lorsque l'emphytéote est chargé d'une mission de service public dont l'ouvrage est le support pour le compte de la collectivité, il est alors conclu avec cette collectivité une convention non détachable du BEA. L'ensemble contractuel ainsi constitué peut être soit un marché de travaux, soit une délégation de service public soumise pour sa passation aux articles L.1411-1 et s. CGCT.

Le BEA, pour être valablement conclu, devra porter sur un bien situé, conformément à l'article L. 1311-2, al.2 CGCT, hors du

(7) Art. L.1311-5 III CGCT tiré de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006. Art. 3-VII: « Les dispositions des I et II (octroi de droits réels sur le domaine public) sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public. »

(8) Voir la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 8 février 2000 (BJCP, 2000, n°11, p.236, note C. Maugüe, R. Schwartz et P. Ternyère; sur la qualification de délégation de service public en raison d'une rémunération du cocontractant assise sur des paramètres de fréquentation, TA Lyon 19 avril 2000, Sté des autocars Valliers, Contrats marchés publ., novembre 2000, p.22).

(9) Pour un exemple de risque de qualification du contrat dans le domaine d'un centre nautique (marché ou DSP) lié au caractère substantiel de la rémunération de l'exploitant: O. Raymondie, « Brèves remarques relatives à deux décisions concernant la distinction marché public et délégation de service public dans le secteur des piscines de loisirs », Contrats marchés publ., 2002, n°9, comm. n°200, p.35. TA Besançon ord. 26 novembre 2001, Sté Financière Sport et Loisirs c/Cité de communes du Val de Morteau, req. n°01-1800: AJDA, 2002, p.338., note O. Raymondie.

(10) Concl. C. Bergeal sous CE 30 juin 1999, Smitom Centre Ouest Seine-et-Marnais, req. n°198147: AJDA, 1999 p.714 — TA Dijon 14 novembre 2000, Préfet du dpt de la Nièvre c/Ville de Nevers, req. n°001662.

(11) Voir cependant, pour les récentes évolutions en la matière: CE avis 19 avril 2005, req. n°371234: EDCE, 2005, p.197 — CAA Paris 17 avril 2007, Keolis, n°06PA02278: V. Cochi et G. Terrien, « Conditions de la légalité d'un avenant à une DSP », CP-ACCP, n°70, octobre 2007.

champ d'application de la contravention de voirie, c'est-à-dire hors des voies régulièrement classées comme voies publiques, y compris leurs dépendances. En effet, le Conseil d'État a déjà annulé un BEA portant sur un parc de stationnement automobile au motif que « ce terrain, entouré de voies affectées à la circulation publique, et utilisé essentiellement et de façon permanente comme parc de stationnement automobile avait le caractère de dépendance de la voirie routière »<sup>(12)</sup>.

Compte tenu des motifs de la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 ayant créé ce type de contrat, il est aujourd'hui plus difficile d'en percevoir le véritable intérêt au regard du contrat de partenariat mais, surtout, au regard de la concession assortie d'une autorisation constitutive de droits réels. En effet, aux termes du nouvel article L.1311-5 CGCT les contrats de concession peuvent prévoir, en sus de l'autorisation d'occupation du domaine public dont ils sont porteurs, l'octroi au concessionnaire de droits réels. L'article L.1311-5 CGCT précise de manière explicite que l'octroi de ces droits réels permet à leur titulaire de conclure des contrats de crédit bail sur les ouvrages réalisés.

On discerne donc dorénavant plus difficilement quel apport aurait le contrat de BEA avec convention non détachable d'exploitation du service public par rapport à la convention de concession emportant octroi de droits réels

### C) Le bail emphytéotique administratif assorti d'un contrat d'exploitation du service public (détachable)

Ce montage consiste, pour la collectivité, à conclure, dans un premier temps un bail emphytéotique administratif avec, en retour, une convention de mise à disposition des biens financés et réalisés par le preneur. Aux termes de la convention de mise à disposition des biens, la collectivité verse au preneur un loyer assurant le remboursement des coûts de réalisation (et de financement) des ouvrages qui lui sont mis à disposition. Puis, dans un second temps, la collectivité confie la gestion de l'ouvrage réalisé par le preneur à un fermier ou au titulaire d'un marché de services si la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service dévolu au sens de l'article L.1411-1 CGCT. Un tel dispositif pourrait comporter certains avantages.

Tout d'abord, l'objectif de débudgétisation du projet est atteint par la collectivité qui fait financer son ouvrage par l'emphytéote. Cet objectif pourrait même être d'autant mieux atteint qu'au contraire du contrat de concession, le bail emphytéotique permettrait une conclusion sur une durée plus longue. Il reste que le bail sera alors qualifié de marché de travaux au sens communautaire du terme<sup>(13)</sup>.

Ensuite, l'intérêt principal d'un tel schéma, si l'on retient l'argumentaire ci-dessus exposé, serait la dissociation de la mis-

sion de financement/réalisation de celle liée à l'exploitation. Rien n'empêche en effet la collectivité d'affecter au contrat d'exploitation une courte durée permettant aux opérateurs de fixer le juste prix du service et d'assumer réellement les risques de l'exploitation. Dans ce type de montage, la collectivité doit néanmoins répondre à deux problématiques : comment s'assurer du lien nécessaire entre la conception de l'ouvrage et les modalités de son exploitation, d'une part, et à qui confier les prestations de maintenance de l'ouvrage, d'autre part ?

S'agissant de la première problématique, les modalités de l'exploitation de l'ouvrage étant en partie déterminées par la conception initiale de cet ouvrage, il conviendrait pour les collectivités d'identifier un dispositif favorisant la participation de l'exploitant à la phase de conception de l'ouvrage et à celle des opérations préalables à la réception des travaux.

S'agissant de la seconde problématique, il paraît important que le constructeur ait à sa charge la maintenance relative au gros entretien et au renouvellement (GER). À défaut, le risque serait de voir le constructeur, une fois la réalisation de l'ouvrage achevée, se désintéresser de la bonne disponibilité de celui-ci en étant totalement déresponsabilisé. En mettant à la charge du constructeur le GER, la collectivité l'oblige à penser l'ouvrage et le choix des matériaux dans le temps compte tenu de ses obligations ultérieures. Il conviendra néanmoins de prendre garde, lors de la rédaction du contrat, à ce que ces obligations ne se traduisent par des exigences performantielles telles à la charge de la collectivité que le constructeur se trouve systématiquement déchargé de ses obligations. En revanche, la maintenance quotidienne de l'ouvrage (entretien courant) doit rester à la charge de l'exploitant compte tenu de sa proximité avec les usagers, et partant le service.

Si l'avantage de la dissociation entre la construction et l'exploitation peut être relevé, un montage faisant intervenir le BEA peut s'avérer fragile sur la question de la récupération de la TVA. En effet, alors que, dans un contrat de partenariat (voir ci-après), la collectivité peut bénéficier du FCTVA sur la partie de la rémunération du partenaire correspondant aux investissements entrant *in fine* dans le patrimoine de cette collectivité, il n'en va pas de même s'agissant de la partie du loyer versée au preneur du BEA correspondant aux investissements<sup>(14)</sup>.

### D) Le contrat de partenariat

Aux termes de l'article L.1414-1 CGCT issu de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 : « Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique 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 relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion,

(12) CE 18 octobre 1995, Cne de Brive-la-Gaillarde, req. n°116316.

(13) CE 10 juin 1994, Cne de Cabourg, req. n°141633 : Lebon, p.301, concl. S. Lasvignes ; Juris-Data, n°1994-052435 ; RFDA, 1994, p.728. Dans cet arrêt, la qualification retenue a été celle de « concession de travaux » au sens du droit communautaire en raison du mode de rémunération du cocontractant, mais la qualification de marché pourrait tout aussi bien être adoptée si le cocontractant était rémunéré par un prix versé par la collectivité publique.

(14) Voir notamment rép. min. à la question. orale de M. le député Aeschlimann du 2 novembre 2004 sur la discussion devant l'Assemblée nationale du projet de loi de finances 2005.

et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.»

Le même article précise que « la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant ». Doit être précisé enfin que le contrat de partenariat bénéficie du FCTVA sur la part de la rémunération versée au partenaire correspondant à l'investissement (sous réserve que les conditions traditionnelles d'application du FCTVA soient réunies et notamment que l'ouvrage entre bien *in fine* dans le patrimoine de la collectivité).

À l'instar des BEA et des concessions assorties d'une convention d'autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels, la collectivité peut octroyer à son partenaire des droits réels sur les ouvrages et équipements que ce dernier réalise. Le contrat de partenariat est donc proche d'un contrat de concession. La différence principale résulte de l'absence de prise en charge par le partenaire d'une mission de service public.

Une réponse ministérielle du 18 mai 2006 (n° 22017) tente de faire la frontière entre l'exploitation du service public, réservée à un délégataire de service public, et exploitation d'un ouvrage ou équipement du ressort du titulaire d'un contrat de partenariat. Néanmoins, cette réponse ministérielle admet la difficulté de différencier ces deux types de contrats, notamment en ce qui concerne les équipements sportifs où la frontière entre l'exploitation de l'ouvrage et l'exploitation du service « n'est pas nette ». En conséquence, la réponse ministérielle propose d'appliquer le critère de la rémunération en ces termes : « Le partenaire privé perçoit une rémunération versée par la personne publique, dont l'ordonnance précise qu'elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Cela ne fait par ailleurs pas obstacle à ce que le prestataire se procure d'autres recettes en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux du service public dont la personne publique cocontractante est chargée, comme l'article 11 de l'ordonnance et l'article L.1414-12 du code général des collectivités territoriales l'indiquent expressément, pourvu qu'à tout moment soient préservées les exigences du service public. L'ordonnance ne donnant pas d'indication sur la part respective de la rémunération versée par le cocontractant et les recettes propres, il n'y a pas de raison de considérer que la part de ces recettes propres ne peut excéder un seuil donné. Pour les délégations de service public, il existe un seuil de variation

« Le contrat de partenariat est proche d'un contrat de concession. La différence principale résulte de l'absence de prise en charge par le partenaire d'une mission de service public. »

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, 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. Par ailleurs, plus ces recettes seront importantes,

plus leur montant aura une répercussion sur le montant de la rémunération versé par la personne publique.

Dans le domaine des centres aquatiques où, comme les collectivités le recherchent, le cocontractant disposerait d'une large autonomie et donc d'une part de rémunération variant au maximum par rapport aux résultats de son exploitation, cette réponse ministérielle obligerait à distinguer les recettes tirées du service public des recettes propres du partenaire afin de ne pas risquer la requalification en délégation de service public.

## Conclusion

Comme la distinction entre exploitation de l'ouvrage et exploitation du service public n'est pas aisée, le risque juridique de requalification ne peut pas être mésestimé. Ce risque juridique pourrait donc orienter la collectivité vers le choix de la dissociation des missions de financement-conception-réalisation et de la mission d'exploitation du service. Le contrat de partenariat proprement dit pourrait donc être suivi d'une convention d'exploitation du service public, à l'instar du BEA suivi d'une convention d'exploitation. Il reste que le dispositif contrat de partenariat et convention d'exploitation semble devoir être privilégié compte tenu des incertitudes fortes demeurant sur le bénéfice du FCTVA dans le schéma lié au BEA. Par ce biais, permettant de dissocier la durée du contrat relatif à la réalisation de l'ouvrage et la durée de l'exploitation (plus courte), les collectivités n'obligeraient pas les candidats à s'engager sur des prévisions de fréquentation quasi impossibles dans le domaine des centres aquatiques et bénéficieraient par ricochet de contrats d'exploitation financièrement plus avantageux et plus pérennes.

À l'image du dispositif relatif au BEA assorti d'une convention d'exploitation détachable, la collectivité pourrait confier la maintenance correspondant au gros entretien et renouvellement au partenaire et la maintenance liée à l'entretien à l'exploitant. En outre, la participation de l'exploitant à la conception de l'ouvrage pourra être favorisée. ■