

Faculté de Droit et Science Politique

Mémoire

Master 2 Droit public des affaires

HAMELIN Wendy

La remise en cause du critère de transfert du risque d'exploitation d'une activité de service public au concessionnaire : L'exemple des concessions de centre aquatique

Problématique : Dans quelle mesure les concessions de centre aquatique remettent-elles en cause le fondement même de la concession basé sur le transfert du risque d'exploitation ?

Mémoire dirigé par Monsieur Jean François BRISSON

Professeur des Universités

Années universitaire 2018-2019

« Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Bordeaux ».

Présentation de la structure d'accueil

C5P est un cabinet de Conseil en Partenariats Public-Privé et Politiques Publiques créée en 2007 et dont le siège est à Bordeaux. Le cœur de métier de C5P est l'ingénierie financière de projet, avec un accompagnement au cours des différentes phases d'un projet : en amont (étude de faisabilité financière, étude de soutenabilité...), au cours de la contractualisation, et en aval (suivi/contrôle de contrat, audit financier...). L'équipe pluridisciplinaire aux compétences non exhaustives financières, de gestion publique, d'audit m'a accueillie entre le 1^{er} Avril 2019 et le 27 septembre 2019. Au cours de ces quelques mois, j'ai pu acquérir une triple vision des relations pouvant être développées dans le cadre de la Commande Publique. En effet, le cabinet est tout d'abord Assistant à Maitrise d'ouvrage auprès des personnes publiques. Ce statut implique donc la recherche et la réponse à des appels d'offre, afin que le cabinet soit retenu comme AMO. J'ai ainsi pu développer des compétences au travers de la réponse aux appels d'offre en contribuant à l'élaboration du mémoire technique et à la constitution du dossier de réponse. En tant que titulaire d'un marché d'AMO relatif à la passation d'une concession notamment, j'ai participé à l'examen des offres initiales, finales, à la période de négociation et enfin à l'écriture du projet de contrat. Enfin, en tant qu'expert financier, C5P est également sollicité par des groupements privés se positionnant dans la réponse à des procédures de mise en concurrence sur des contrats complexes (concessions, marchés de partenariat). En tant que conseil financier aux opérateurs privés, C5P réalise des missions de structuration et de modélisation financière, permettant de compléter les cadres et notes attendus par la personne publique sur les aspects financiers.

Remerciements

Je tiens, à travers ces quelques lignes, à remercier toutes les personnes qui m'ont conseillé et soutenu dans l'écriture de ce mémoire.

Je tiens d'abord à remercier Laurent CREMOUX, Associé gérant du cabinet C5P pour m'avoir permis de réaliser mon stage de Master 2 sur un sujet m'intéressant tout particulièrement, et pour la confiance qu'il m'a témoignée. Je tiens également à remercier Alexis BRUNELLIERE, Consultant sénior au sein du cabinet pour sa présence durant toute l'écriture de ce mémoire. De manière générale je remercie également l'ensemble des membres du cabinet. C'est en effet par leur soutien, leur confiance, et leur coopération que ce travail a pu aboutir.

Je voudrais également remercier mes référents universitaires Messieurs BRISSON et PARIENTE, professeur des universités et Maître de Conférences à la faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

Merci à mes proches qui m'ont soutenu durant mon stage et apporté leurs contributions lors de la réalisation de cette étude.

A tous j'adresse mes sincères remerciements.

Sommaire

Introduction.....	5
Chapitre 1 – Les centres aquatiques : des services dont la nature structurellement déficitaire réduit le transfert du risque au concessionnaire	9
Section 1– Une rémunération substantiellement assurée par le Pouvoir Adjudicateur en raison du caractère déficitaire des équipements	9
Section 2 – Un transfert de risque substantiellement réduit.....	24
Chapitre 2 – Les concessions de centres aquatiques : un montage contractuel exigeant à réinventer	39
Section 1 – Les obstacles remettant en cause le modèle concessif pour les centres aquatiques	39
Section 2 – Un modèle concessif perfectible.....	52
Table des matières	64

Introduction

Comme l'écrivait le sociologue allemand Niklas Luhmann¹, « *Il n'existe pas d'étude compréhensive de l'étymologie et de l'histoire conceptuelle du terme risque.* » Le risque se révèle intrinsèquement ambigu. La définition du risque est ouverte et contextuelle, capable de prendre en compte la complexité et la spécificité de chaque type de risque dans le contexte où il se développe. En droit, selon le dictionnaire juridique, le risque s'assimile à « *un évènement dont l'arrivée aléatoire est susceptible de causer un dommage aux personnes ou aux biens* » Plus précisément dans les relations contractuelles, le risque est assimilable à « *l'imprévisibilité qui porte à la fois sur la survenance et sur les conséquences d'un évènement (...) la personne qui supporte le risque assure les conséquence dommageables pouvant affecter l'état physique de la chose ou la qualité de la prestation qui est l'objet du contrat* » La définition financière du risque est quelque peu différente et correspond à un aléa, ou à une incertitude. Cet aléa se mesure par rapport à une valeur moyenne, et non par rapport à un cas favorable et son impact n'est pas nécessairement négatif.

En droit de la Commande Publique la notion de risque est aujourd'hui primordiale pour distinguer les deux types de contrat.

En effet, le livre 1^{er} du Code de la Commande publique distingue les marchés publics (titre I^{er}) et les concessions (titre II). Ils ont pour commun la définition qui leur est donné par l'article préliminaire L-2, où ils sont définis comme « *les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.* »

Pour autant, bien que réunis par une même définition, l'existence de deux catégories de contrats de commande publique induit une différenciation. Traditionnellement, la jurisprudence administrative avait recours à un critère d'ordre financier pour distinguer les concessions des marchés publics.

Le marché public se distingue des autres contrats en ce que l'administration verse à son cocontractant le prix des prestations qu'il fournit tandis que la rémunération du concessionnaire provient des usagers.

Ce critère fût rapidement dépassé par les évolutions des montages contractuels nécessitant une mixité de modes de financement.

¹ N. Luhmann est un sociologue Allemand du XX^{ème} fondateur de la théorie des systèmes sociaux

Il faut attendre un arrêt du Conseil d'Etat de 1996² pour reconnaître un nouveau critère de distinction. Le contrat de délégation de service public est défini pour la première fois dans cet arrêt, c'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 au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* » Ainsi, la différenciation existante entre les concessions et les marchés public est toujours liée à la rémunération. Un marché public est constitué d'un prix payé à l'opérateur économique. La rémunération de la concession dépend, elle, du résultat d'exploitation et n'est pas versée directement par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur.

L'idée de résultat d'exploitation induit d'autres ressources que celles dues par les usagers telles que des ressources publicitaires, des ressources activités annexes, les primes versées par le délégant en fonction d'indicateurs de performance ...

La prise en compte dans la définition des délégations de service public des sommes versées par l'autorité délégante n'a pas facilité la distinction avec les marchés publics. Lors des travaux préparatoires de la Loi MURCEF de 2001, les parlementaires ont expliqué que l'élément déterminant était finalement l'équilibre financier qui devait dépendre des recettes d'exploitation sans que cela n'exclut le financement public. En d'autres termes, les recettes d'exploitation comportent les recettes commerciales et les subventions.

Une nouvelle question est alors apparue, celle de savoir jusqu'à quelle hauteur la personne publique peut contribuer aux charges d'exploitation dans le cadre de ce type de contrat sans que cela s'assimile au paiement d'un service rendu ? Mme Bergeal alors commissaire au Gouvernement a pu expliquer que pour qualifier un contrat de délégation de service public, les recettes tirées de l'exploitation elle-même ne doivent pas être insignifiantes.

L'insécurité juridique grandissante a poussé la jurisprudence à de nouveau faire évoluer ce critère. En effet, la qualification de marché ou de DSP se faisait au cas par cas selon l'appréciation de la proportion maximum de ressources propres que l'administration pouvait apporter sans y voir un transfert des coûts vers cette dernière. De ces appréciations est apparue une nouvelle réflexion, celle de rechercher lequel des cocontractants assume la responsabilité réelle de l'activité.³ Ce nouveau raisonnement se trouve dans le prolongement de la conception originelle de la concession qui implique que le concessionnaire assure à ses risques et périls l'exploitation du service public.

² Conseil d'Etat, Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de Lambesc du 15 Avril 1996 n° 168365

³ Le critère du risque a été expressément consacré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Département de la Vendée du 7 novembre 2008

Finalement, la directive européenne de 2014 relative aux contrats de concession consacre la notion de risque d'exploitation. Surtout, elle consacre la mixité du financement des concessions en reconnaissant le fait que la contrepartie de l'exécution se fait par le droit de percevoir des recettes tirées de l'activité mais également que ce droit peut être assorti d'un prix.

En France, la transposition de cette directive s'est faite au travers de l'ordonnance concession du 29 janvier 2016⁴. La rédaction n'est pas exactement la même et permet de maintenir dans le champ de la concession les contrats de régie intéressée.

Pour autant, la notion de risque ne sécurise pas la qualification d'un contrat en concession, notamment pour les anciennes délégations de service public dès lors qu'un service public déficitaire en est l'objet.

La question du risque dans les contrats de concession pose particulièrement question pour la gestion des équipements aquatiques. A cet égard, l'historique de la gestion déléguée du service public de l'apprentissage et du perfectionnement de la natation est assez récent. En effet, l'exploitation d'une piscine publique fait partie des missions de service public mais pendant longtemps, la question du mode de gestion s'est peu posée. Au début des années 70, un constat inquiétant est en effet dressé, la France compte 250 000m² de plan d'eau toutes catégories confondues soit 1m² pour 185 habitants. Ces chiffres faisaient de la France l'un des pays évolués les moins équipés, à titre de comparaison, l'Allemagne et le Royaume Uni comptaient sept fois plus de piscines. C'est de ce constat qu'est né le plan des 1000 piscines. L'objectif était notamment de diffuser l'apprentissage de la natation.

Ces 15 dernières années, le développement des centres aquatiques et leurs vocations multiples au croisement de l'intérêt général et de l'activité marchande a favorisé l'émergence de la délégation pour ce service. Aujourd'hui, près de 40% des nouveaux équipements sont gérés par la voie concessive⁵. Pour autant, la régie concerne encore plus de 80% des piscines. Le recours nouveau à la gestion déléguée a deux principales raisons ; d'une part le manque de moyens conduit les collectivités à se tourner vers les Partenariats Public-Privé (PPP) ; d'autre part la complexification grandissante de ces infrastructures pousse ces dernières à externaliser leur gestion. Près de quarante ans après le programme « 1000 piscines », une rénovation s'impose, afin non seulement de remettre en état un parc austère, mais aussi d'en augmenter l'attractivité en l'adaptant à la demande de qualité et de diversité émanant du public.

⁴ Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

⁵ Chiffres issus du site internet « acteurs du sport.fr »

L'objectif relatif à l'apprentissage de la natation n'est pas pour autant abandonné. A ce titre, la ministre des sports, Madame MARACINEANU a annoncé en Juin 2019⁶ le lancement du plan aisance aquatique en réponse à la situation d'urgence, face au trop grand nombre de noyades chez les jeunes enfants. Ce plan encourage ainsi financièrement les Collectivités à proposer une offre décente de service public.

Or, pour répondre à la segmentation des clientèles, la panoplie des installations s'agrandit : certaines piscines restent construites sur des bases traditionnelles, mais d'autres font l'objet de recyclages et de réhabilitations, avec l'apparition de vagues, de toboggans, de bassins d'eau chaude et centre de bien-être. Ne disposant pas toujours des compétences adéquates, certaines collectivités abandonnent la régie et optent pour la gestion déléguée.

Aujourd'hui, environ 240 équipements aquatiques sont gérés en DSP sur le territoire français. Le marché de la construction/ exploitation de centre aquatique n'est pas très développé. On dénombre approximativement sept grands acteurs dans l'exploitation qui sont : Vert Marine (le leader), RECREA, EQUALIA, S-PASS, UCPA, PRESTALIS et COM SPORT.

Cependant, comme le rappelle la Cour des Comptes dans son rapport de 2018⁷, l'activité de centre aquatique est l'une des plus déficitaires parmi les services publics. Le déficit moyen s'élève à 640 000€ par an. En effet, ce déficit est dû d'une part à l'insuffisance tarifaire imposée par le service, et d'autre part l'importance des charges qu'un tel équipement requiert. Pour autant, au regard de la définition de la concession, l'exploitation d'un tel équipement peut s'effectuer par la voie concessive en contrepartie d'une participation de la personne publique.

Quelle est alors la répercussion de cette intervention publique sur la qualification du contrat dans le cadre précis des contrats concessifs de centre aquatique ? Doit-on considérer que le transfert du risque d'exploitation reste entre les mains du délégataire du service ou, au contraire, considérer que la prise en charge d'une grande partie du prix du service par la collectivité adjudicatrice, ne permet plus que ce critère de distinction soit opérant entre les marchés et les concessions ?

Nous verrons que le critère fondamental entre marché public et concession portant sur le transfert du risque lié à l'exploitation de l'activité est doublement décevant. Il échoue à définir objectivement le risque ce qui tend à lui faire perdre toute portée dans le cas des contrats de centre aquatique (Chapitre 1) ce qui ne permet plus de rendre compte de sa réelle fonctionnalité et pose la question de sa redéfinition au travers de la gestion de service public. (Chapitre 2)

⁶ Dans le numéro de Juin 2019 du « journal du CPPP »

⁷ Les piscines et centres aquatiques publics : un modèle obsolète

L'idée générale est de montrer à travers ces développements que le critère du transfert de risque comme distinction entre marché et concession n'est pas opérant. En effet, face une notion « le risque » difficilement définissable, le critère est modulé, façonné de façon à convenir à tout type d'équilibre financier. L'acceptation d'un prix au côté de la rémunération liée aux résultats d'exploitation a eu pour conséquence d'étendre davantage le cadre de la concession lui faisant perdre toute lisibilité et met un doute sur la qualification de bons nombres de contrats portant sur un service public.

Chapitre 1 – Les centres aquatiques : des services dont la nature structurellement déficitaire réduit le transfert du risque au concessionnaire

L'essence du Service Public a été définie essentiellement comme la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, c'est à dire l'accès à des services essentiels ; sans oublier le service public comme un instrument de cohésion sociale et de solidarité. Cela correspond à un ensemble d'activités considérées comme étant d'intérêt général.⁸ L'apprentissage d'un savoir-faire de base (natation), la pratique physique, l'accroissement du bien-être collectif sont autant de profits que recherche aujourd'hui l'utilisateur de centre aquatique. La réalité de ces nouveaux besoins a donc poussé les collectivités soit à se spécialiser soit à avoir recours au privé. La nature particulière de ce service public (Section 1) pose la question de la compatibilité avec une gestion déléguée devant supporter le risque d'exploitation dans le cadre d'un contrat de concession de service public. (Section 2)

Section 1– Une rémunération substantiellement assurée par le Pouvoir Adjudicateur en raison du caractère déficitaire des équipements

L'Union Européenne comme la législation française admettent depuis longtemps qu'une aide publique puisse être accordée au concours de l'exploitation d'un service public (§1). Pour autant, son caractère indispensable dans le cadre d'un contrat d'exploitation de centre aquatique pose des questions quant à sa réelle destination (§2)

⁸ Définition inspirée des développements de Jacques Chevallier dans son ouvrage « Le Service Public », collection Que sais-je ?

§ 1 – Une participation financière justifiée par les contraintes de Services Publics imposées

La qualification instable du service public relatif au centre aquatique a pu poser la question de la légalité des aides accordées (A) rendues indispensables à l'établissement d'un équilibre financier de ce type de contrat (B).

A – Une participation financière non constitutive d'une aide d'Etat

Les piscines publiques, aujourd'hui centres aquatiques ou autres formulations plus ou moins ambitieuses, ne cessent de voir leurs contenus se diversifier et leurs régimes juridiques et fiscaux se complexifier. Originellement, les piscines sont des services publics administratif (SPA) ayant pour objet l'apprentissage et le perfectionnement de la natation⁹. Les piscines telles que construites il y a des dizaines d'années ne laissaient entrevoir aucun doute sur la qualification de SPA.

D'une part, elles étaient unanimement gérées par les communes, la présomption d'administrativité¹⁰ s'appliquait donc. D'autre part, la méthode du faisceau d'indices lié à l'objet du service, à l'origine des ressources et aux modalités d'organisation et de fonctionnement concordait le plus souvent.

Le Tribunal des conflits a très tôt distingué les SPA¹¹ des SPIC¹² mais il a fallu attendre un arrêt du 16 novembre 1956¹³ que le Conseil d'État détermine les critères permettant d'identifier les SPIC. En effet, dans ses conclusions sous cet arrêt, le commissaire du gouvernement a défini trois critères d'identification des SPIC. Le premier critère s'attache à l'objet du service, le second à l'origine des ressources financières et le troisième aux modalités de fonctionnement. Cette approche de la juridiction administrative est qualifiée de méthode du faisceau d'indices.

Pour qu'une activité soit qualifiée de SPIC, l'objet du service doit être identique ou assimilable à celui des activités généralement accomplies par des personnes privées.

⁹ La circulaire n°2017-127 du 22 Août 2017 portant sur l'enseignement primaire et secondaire en fait indéniablement un service public

¹⁰ Conseil d'Etat, Arrêt Dame Maron, 26 janvier 1968 n°70588 « présomption d'administrativité qui s'applique au service public pris en charge par une personne publique »

¹¹ Service public administratif

¹² Service public industriel et commercial

¹³ Conseil d'Etat, Union syndicale des industries aéronautiques, 16 novembre 1956

Ce critère n'est toutefois pas infaillible puisque la jurisprudence qualifie parfois d'administratives des activités pouvant relever d'une activité privée. C'est actuellement ce que l'on peut observer au niveau des centres aquatiques. En effet, compte tenu de la diversification des activités proposées, la frontière entre SPA et SPIC est assez mouvante.

Récemment, le tribunal des conflits dans un arrêt du 9 janvier 2017¹⁴ a qualifié de SPA un centre aquatique comprenant une piscine olympique et un espace « bien-être » doté d'une salle de « cardio-fitness », d'un sauna, d'un hammam et d'un bain à remous et proposant également des activités d'aquagym et d'aquabike. Le juge a motivé sa décision notamment en recherchant l'origine des ressources et les modalités de fonctionnement, il ne s'est pas véritablement penché sur l'objet du service. Ainsi, l'on peut reconnaître que cette appréciation envers la qualification de SPA s'est fait compte tenu du mode de gestion qui était en l'espèce la régie. Dans les mêmes conditions si la gestion avait été déléguée tous les éléments fournis permettaient de conclure à la présence d'un SPIC.

En effet, si l'on reprend le critère portant sur les modalités de fonctionnement, pour un SPIC, cela doit traduire une gestion comparable à celle d'une entreprise commerciale. De fait, lorsque la gestion d'un service public est déléguée, ce critère est rempli.

De plus, concernant l'objet du service, lorsque le centre aquatique propose en plus d'un espace aquatique, un espace bien être ou de remise en forme, l'objet du service est largement assimilable à des activités accomplies par des personnes privées. Surtout, il est admis, que les usagers souhaitant bénéficier de ces activités annexes ne sont pas forcément usager de l'espace aquatique. On estime que le caractère concurrentiel ou non concurrentiel de l'activité d'un organisme public dépend essentiellement des circonstances de fait. Cette concurrence ne devra pas être supposée ou hypothétique mais bien réelle. Ainsi, un centre aquatique proposant des activités marchandes de bien être se situant en zone urbaine ou périurbaine a beaucoup plus de chance d'être dans un champ concurrentiel avec des entreprises privées (salle de sport, centre de bien être) qu'un centre aquatique en zone plus rurale.

Le dernier critère permettant de distinguer SPIC et SPA porte sur les ressources financières, un SPA tire ses ressources des impôts locaux en majorité alors qu'un SPIC doit être financé pour l'essentiel par les redevances payées par les usagers en contrepartie de la prestation qui leur est fournie comme l'impose l'article L. 2224-1 du CGCT, sauf à ce que soit ouvert le bénéfice de l'article L. 2224-2 lequel prévoit plusieurs dérogations à ce strict principe d'équilibre. L'article L 2224-2 du CGCT stipule qu'il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics visés à l'article L.2224-1.

¹⁴ Tribunal des Conflits, Société centre Léman c/ Communauté d'Agglomération d'Annemasse les Voirons, 9 janvier 2017 n°4074

Toutefois, le conseil municipal peut décider une telle prise en charge lorsque celle-ci est justifiée par l'une des raisons suivantes :

1° Lorsque les exigences du service public conduisent la Collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;

2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs”

Ainsi, même si la nature du service ne permet pas à l'opérateur de tirer pour l'essentiel ses ressources du tarif appliqué sur les usagers, cela ne remet pas nécessairement en cause la qualification de SPIC.

Pour autant, cette prérogative permettant à la Collectivité d'apporter son soutien financier à un SPIC est très encadrée. En France, elle est acceptée pour seulement quelques situations exhaustivement citées dans l'article 2224-1 du CGCT.

Au niveau du droit de l'Union Européenne, l'institution reconnaît que l'accomplissement d'une mission de service public peut prévaloir sur les règles de la concurrence (à condition que les avantages fournis par l'Etat à l'entreprise qui exerce le SIEG¹⁵ compensent strictement les coûts engendrés par la mission de service public. Ces aides sont encadrées par les stipulations de l'article 107 du TFUE. Cet article indique que toute aide qui affecte les échanges entre Etats membres ou qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions est incompatible avec le marché intérieur et sera qualifiée d'aide d'Etat illégale.

C'est la Cour de Justice qui est venue préciser dans quels cas une aide à un service public n'était pas considérée comme une aide d'Etat par l'arrêt Altmark¹⁶.

Selon l'arrêt Altmark, les compensations apportées par un Etat à une entreprise pour sa mission de service public sont compatibles avec le droit européen si et seulement si :

1. L'entreprise bénéficiaire a été clairement chargée de l'exécution d'obligations de service public qui sont elles-mêmes clairement définies.
2. Cette compensation est calculée sur des paramètres objectifs et transparents.
3. Cette compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public, en incluant un "bénéfice raisonnable".

¹⁵ Notion européenne de service public dont l'acronyme veut dire « Service d'intérêt économique général »

¹⁶ Arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européen Altmark Trans du 24 juillet 2003

4. S'il n'y a pas eu de marché public, le niveau de la compensation doit être calculé sur la base d'une analyse des coûts en prenant comme référence une "entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée"

Ainsi, la jurisprudence européenne permet qu'un SPIC puisse être en partie financé par des fonds publics dès lors que les quatre conditions cumulatives de l'arrêt Altmark sont remplies. Le CGCT reconnaît également cette aide dans des conditions similaires.

De fait, l'exploitation d'un centre aquatique répond bien à une mission de service public qui est l'apprentissage et le perfectionnement de la natation pour tous. Cette mission induit des contraintes tel qu'un accès pour tous à un coût abordable, des amplitudes horaires importantes et de nombreuses contraintes d'ordre techniques et de sécurité. La compensation devant permettre de couvrir ces différentes contraintes est instituée et négociée dans le cadre de contrats de la commande publique, ainsi les critères portant sur la transparence et la juste compensation sont présumés remplis, les candidats à l'obtention du contrat calculent les coûts provoqués par ces contraintes et proposent un montant annuel de compensation.

B – Une participation financière indispensable dans le cadre de la gestion d'un centre aquatique

La rémunération d'un délégataire est normalement assurée par le tarif pratiqué sur les usagers. Dans le cadre des centres aquatiques le tarif ne peut refléter le service rendu pour des raisons d'accès à tous au service public. Ainsi, le compte d'exploitation de délégataire ne peut s'équilibrer sans subventions négociées au moment de la passation avec la collectivité.

La part de la subvention devant être versée au délégataire afin de convenir d'un équilibre économique est infiniment complexe et doit être réfléchi en amont. En effet, il n'est pas possible de choisir le mode de gestion avant d'avoir fixé la nature même du projet. La politique d'animation, la politique associative, la place des clubs, le positionnement des activités annexes tels que la remise en forme, la restauration, l'amplitude d'ouverture aux publics, la fonction plus ou moins touristique, la saisonnalité doit être très clairement identifié avant de se lancer dans une procédure de passation de DSP. Deux subventions principales sont versées par le pouvoir adjudicateur. La compensation pour contraintes de service public (ou sujétions de service public) et la compensation pour contraintes institutionnelles.

La compensation pour contraintes institutionnelles permet de façon générale de couvrir la mise à disposition gratuite de l'équipement par le délégataire pour les obligations ou événements du délégant. Dans le cadre d'un contrat portant sur l'exploitation d'un centre aquatique, ces contraintes se matérialisent en grande partie par la mise à disposition des équipements aux établissements scolaires du 1er et 2nd degré et par la mise à disposition des équipements aux associations sportives.

Cette compensation pour les scolaires est calculée en fonction du nombre d'élèves concernés auquel on applique un tarif horaire pour l'occupation d'une ligne d'eau.

Le prix de la ligne d'eau est librement négocié entre le délégataire et la collectivité.

Ce prix prend en compte la mise à disposition de l'équipement, les charges indirectes, la surveillance et l'effectif pédagogique. Ci-dessous un exemple de la justification de la compensation demandée par délégataire. Ce tableau est extrait de l'offre financière d'un candidat à l'obtention d'un contrat portant sur la gestion d'un centre aquatique.

Tableau n°1, Démonstration du calcul de la subvention pour contraintes institutionnelles

Tarif à l'élève (€ TTC)	Tarifs € HT	Nbre d'élèves du 1er degré	Séances par cycle pour 1 élève	Cout € TTC	Cout € HT
3,86 €	3,22 €	285	10 séances / 1 cycle	11 011,36 €	9 176,14 €
Séances/an	Temps (en heures)	Effectif en surveillance	Effectif en pédagogie	Cout horaire chargé 1 BEESAN en € HT	Cout € HT
130	97	1 BEESAN/bassin	1 BEESAN/classe	35,00 €	10 201,70 €
					19 377,84 €

S'agissant de la compensation liée à l'utilisation de l'équipement par les clubs sportif ou autre association, la Collectivité supporte le plus souvent l'intégralité des charges que cela occasionne pour le délégataire. Il est rare que la personne publique refacture aux clubs. Pour les scolaires, l'existence d'une compensation pour contraintes institutionnelles dépend de la prise en charge du service sur le territoire et des compétences des différentes collectivités. Ainsi, lorsque c'est un EPCI qui passe le contrat avec le délégataire, la compensation est souvent calculée sur la base des créneaux alloués aux scolaires du premier degré sur le territoire. Néanmoins, ces créneaux peuvent être pris en charge directement par les communes (soit par une refacturation de l'EPCI, soit en payant directement le tarif au délégataire). Lorsqu'une commune passe le contrat, la compensation pour contraintes institutionnelles ne couvre généralement que les créneaux des scolaires du 1er degré de la commune. Pour les scolaires du second degré, il est possible que la Région (pour les lycéens) et le Département (pour les collégiens) prennent directement en charge les créneaux qui les concernent, auquel cas ils ne sont pas intégrés dans le calcul de la compensation. Cela dépend néanmoins des régimes de prise en charge existants sur chaque territoire.

La seconde compensation porte sur les contraintes de services publics est, elle, entièrement supportée par la collectivité. Dans un souci de transparence, il est en effet, désormais demandé aux candidats de distinguer les montants de ces deux compensations.

Le Déléataire est tenu de supporter différentes sujétions de fonctionnement induites par le caractère d'intérêt public qui s'attache à l'existence même du centre aquatique. En contrepartie, la Collectivité compense forfaitairement les conséquences financières qu'impliquent ces sujétions sur l'exploitation des équipements dont la gestion et l'exploitation sont déléguées.

Parmi les contrats sur lesquels il m'a été possible de travailler durant mon stage les sujétions de service public suivantes figuraient de façon récurrente :

- L'accès à l'apprentissage de la natation au plus grand nombre ;
- L'accueil et la surveillance du grand public, tous types d'âges confondus ;
- Une tarification maximum fixée par la Collectivité ;
- Une large amplitude horaire et une ouverture toute l'année (hors fermetures techniques et 1^{er} janvier, 1^{er} mai et 25 décembre ;
- Le respect des principes de continuité, de sécurité et d'égalité de traitement des usagers ;
- Le respect du principe d'adaptabilité du service public ;
- Le respect des normes d'hygiène et de sécurité.

On retrouve dans les grandes lignes, les cinq principes de service public, c'est-à-dire :

- L'égalité en promouvant l'accès de tous (grille tarifaire adaptée), cohabitation entre clubs, scolaires et public ;
- La continuité, en proposant une forte amplitude des horaires ;
- La neutralité en interdisant toute discrimination ;
- La transparence au travers des contraintes d'échanges avec la Collectivité, d'indicateurs de performances ;
- Et enfin l'adaptabilité en tenant compte des attentes des usagers.

Cette compensation est très importante pour l'équilibre financier du contrat, en effet selon le projet elle peut représenter plus de 50% des ressources du délégataire. Sa proportion plutôt rare dans les contrats portant sur un service public industriel et commercial n'est pas pour autant illégale ou anormale dès lors qu'elle est correctement justifiée.

Cependant, ces compensations ne remettent-elles pas en question la nature de la rémunération du délégataire ?

§ 2 – Une participation généralisée pour assurer l'équilibre économique du contrat

Les charges incompressibles inhérentes au contrat de centre aquatique ne pouvant être couvertes par le tarif appliqué aux usagers (A) justifie le versement de subventions tant qu'elles n'ont pas pour objet de couvrir la réalité d'un complément de prix (B).

A – Une participation généralisée imposée par les caractéristiques propres des contrats de gestion de centre aquatique

Dans le cadre des contrats portant exploitation de centres aquatiques le délégataire doit faire face à des charges de fonctionnement importantes et difficilement compressibles qui ne peuvent être couvertes par le tarif. Ce constat entraîne de fait le déséquilibre du service. Les centres aquatiques sont par nature déficitaires. Pour autant, les opérateurs privés s'y intéressent car il leur est possible de se dégager une certaine rémunération de leur exploitation.

La gestion d'une piscine ou d'un centre aquatique public entraîne systématiquement un déficit de fonctionnement important. Ce déficit a plusieurs causes. La première étant la tenue de tarifs insuffisants pour couvrir la réalité des charges, la deuxième émane des coûts d'exploitation élevés liés aux consommations de fluides, aux frais de personnel et au fonctionnement continu de l'équipement.

Le cabinet C5P a, ces dernières années, développé une expertise en tant qu'AMO¹⁷ lors de la passation des contrats portant sur l'exploitation de centres aquatiques. Une base de données a été constituée à partir des différents contrats de délégations de service public accompagnés. Cette base de données permet d'avoir une vision sur le poids et la structure des charges des délégataires de centres aquatiques.

Ces montants sont difficilement compressibles, les économies d'eau et d'électricité, les charges de personnel sont en réalité déjà souvent optimisées.

Parmi les charges fixes, les charges de personnels représentent la majeure partie des coûts de fonctionnement, en moyenne, elles atteignent 52% des charges d'exploitation. Elles sont difficilement réductibles (obligations réglementaires et mission d'enseignement, respect de la convention collective et manque de main d'œuvre).

¹⁷ Assistant à maîtrise d'ouvrage

L'organisation des espaces et des activités influe sur ces coûts, les espaces doivent être mutualisés, les angles morts évités. Le gestionnaire ne peut à aucun moment laisser un espace sans surveillance.

S'agissant des fluides, selon une étude réalisée par ANDES et EDF¹⁸, l'eau chauffée et traité d'une piscine coûte entre 8 et 11€ HT/m³. Les fluides représentent plus de 20% des charges d'exploitation. Aujourd'hui, lors de la négociation, ces postes de dépenses sont vigoureusement analysés. C'est en général le poste attestant la plus grande différence entre une exploitation directe publique et une exploitation en gestion déléguée, l'effort de rationalisation et de négociation étant meilleur lors d'une gestion déléguée.

De fait, la quasi-totalité des charges d'exploitation d'un centre aquatique sont inévitables pour des raisons réglementaires et de sécurité mais ne peuvent pas être compensées par le tarif. En effet, si l'on se réfère à l'étude d'ANDES et EDF prenant pour exemple une piscine d'une capacité de 85 000 entrées par an ; un usager individuel représente un coût de 8.29€ HT alors que le prix de son entrée est de 4.64€ HT.

Sans autre source de rémunération, l'équilibre financier de ce type de contrat est inatteignable. L'évolution de la jurisprudence a permis de reconnaître le fait que la concession n'avait plus pour unique source de rémunération les recettes d'exploitation.

Depuis la directive 2014¹⁹ et sa transposition en France par l'ordonnance concession de Janvier 2016²⁰, on reconnaît la mixité des ressources financières pour les délégataires. La rémunération provient tout d'abord du droit d'exploitation de l'ouvrage ou du service ou de ce droit assorti d'un prix. S'agissant de contrats de concession portant sur la gestion d'un centre aquatique la rémunération est bien mixte et se compose d'une redevance payée par les usagers et de sommes versées par la personne publique. Là où le cas des centres aquatiques devient intéressant c'est par le fait que tous les acteurs pouvant intervenir sur ce domaine ont reconnu que les subventions versées par le pouvoir adjudicateur sont une véritable source de revenu pour le délégataire et non seulement la contrepartie des contraintes de services publics.

En effet, la rémunération du délégataire doit normalement être assurée par le tarif appliqué aux usagers. Pour autant comme nous avons pu l'avancer dans la partie précédente, le délégataire ne peut pas appliquer un tarif strictement relatif au service rendu. Par conséquent, afin d'équilibrer le contrat, la personne publique n'a d'autres alternatives que de proposer des subventions.

¹⁸ Enquête menée conjointement par EDF COLLECTIVITE et L'ANDES, 2012 « Piscines publiques : de la conception au fonctionnement, quels enjeux pour l'élu ? »

¹⁹ Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

En général, la jurisprudence reconnaît ces aides dès lors que le pouvoir adjudicateur ne garantit pas à l'opérateur économique un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat.

Dans la pratique, on admet que les revenus provenant du tarif d'entrée d'une piscine couvrent entre 30 et 80% des recettes d'exploitation. Le delta est important puisque les produits dépendent des caractéristiques du projet et des investissements. Ensuite la participation financière de la Collectivité est calculée de façon à trouver un équilibre entre rentabilité économique et performance sociale.

Concrètement, cette rémunération indirecte procurée par le pouvoir adjudicateur ne se voit pas au niveau des relations contractuelles. La personne publique ne verse pas une rémunération au délégataire, et seules les compensations mentionnées précédemment sont contractualisées. Néanmoins, l'analyse financière des offres de délégataires permettent clairement d'identifier la rémunération attendue par le délégataire. Ci-dessous, se trouve un extrait de Compte de résultat prévisionnel sur lequel j'ai pu travailler durant mon stage. Il s'agit de l'offre financière finale d'un candidat portant sur un contrat d'affermage avec de nouveaux investissements. En l'espèce, les recettes d'entrées représentent 60% des produits, les compensations 40%.

Surtout, ce que l'on peut observer c'est le chiffre constant du résultat attendu chaque année. Ce résultat, c'est bel et bien la rémunération attendue par le délégataire. Cependant, elle ne fluctue pas selon les prévisions d'entrée comme la définition de la concession le préconise lorsqu'elle parle d'exploitation aux risques et périls du concessionnaire mais trouve son équilibre entre différents facteurs tels que l'évolution des charges de personnels et l'évolution des subventions. En effet, l'augmentation des charges de personnel (+25k€) entre la première année pleine d'exploitation et la dernière ne jouent pas sur le résultat attendu dans la stratégie de ce candidat, de même s'agissant de l'augmentation des entrées. Ce qui fluctue pour maintenir le résultat attendu c'est bien la compensation et plus particulièrement, la compensation pour contraintes de service public.

Assurément, puisque ce sont elles qui sont censées compenser le fait que le délégataire ne puisse pas appliquer le tarif correspondant au service rendu. Les subventions au sein de contrat dont le tarif ne peut être aligné sur la réalité du service sont donc de véritables sources de rémunération pour le délégataire. Ici, la contrainte de service public se matérialise en majorité par le fait de ne pas pouvoir appliquer le tarif nécessaire à l'équilibre du contrat.

C'est notamment à cause de ce type de contrat que la jurisprudence a dû faire évoluer le critère de distinction entre marché et concession qui portait sur une rémunération substantiellement liée au résultat d'exploitation.

FI-5 Compte de résultat analytique prévisionnel en euros constants HT, valeur mars 2019: offre de base						
Nom du candidat:	XXX					
Compte de résultat analytique prévisionnel en € constants HT, valeur mars 2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Recettes entrées	709 441 €	734 027 €	745 502 €	751 830 €	755 616 €	755 616 €
Recettes liées à l'activité accessoire proposée par le délégataire	35 750 €	35 750 €	35 750 €	35 750 €	35 750 €	35 750 €
Compensation financière pour contraintes de service public (article 37.2 du contrat)	378 678 €	365 157 €	347 738 €	345 981 €	347 972 €	350 909 €
Compensation financière pour contraintes institutionnelles de service public (article 37.3 du contrat)	80 453 €	80 453 €	80 453 €	80 453 €	80 453 €	80 453 €
Compensation pour investissements (article 37.1 du contrat)	28 504 €	47 163 €	45 649 €	44 134 €	42 620 €	41 105 €
TOTAL PRODUITS, en € constants HT, valeur mars 2019	1 232 826 €	1 262 551 €	1 255 091 €	1 258 148 €	1 262 411 €	1 263 833 €
Frais de personnel (F1-2)	552 957 €	558 487 €	564 072 €	569 712 €	575 410 €	578 287 €
Personnel en cas de sous-traitance	4 000 €	4 000 €	4 000 €	4 000 €	4 000 €	4 000 €
Frais administratifs	30 300 €	36 150 €	26 400 €	26 400 €	26 400 €	26 400 €
Assurances (RC + risques locatifs)	8 500 €	8 500 €	8 500 €	8 500 €	8 500 €	8 500 €
Matières et fournitures non stockées (détail à fournir FI-5b)	264 387 €	264 387 €	264 387 €	264 387 €	264 387 €	264 387 €
Autres fournitures	22 965 €	22 965 €	22 965 €	22 965 €	22 965 €	22 965 €
Entretien et maintenance	116 463 €	116 463 €	116 463 €	116 463 €	116 463 €	116 463 €
Autres charges	31 947 €	32 080 €	32 142 €	32 176 €	32 196 €	32 196 €
Impôts et taxes	24 486 €	24 226 €	23 579 €	23 631 €	23 798 €	23 964 €
Redevances (Art 36 du contrat)	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €
Redevance d'occupation (part fixe)	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €	1 000 €
Frais de structure	33 950 €	33 950 €	33 950 €	33 950 €	33 950 €	33 950 €
Achats	13 500 €	13 500 €	13 500 €	13 500 €	13 500 €	13 500 €
TOTAL CHARGES D'EXPLOITATION	1 104 456 €	1 115 707 €	1 110 957 €	1 116 685 €	1 122 569 €	1 125 612 €
TOTAL CHARGES FINANCIERES	80 470 €	98 943 €	96 234 €	93 564 €	91 942 €	90 321 €
TOTAL CHARGES, en € constants HT, valeur mars 2019	1 184 926 €	1 214 651 €	1 207 191 €	1 210 248 €	1 214 511 €	1 215 933 €
RESULTAT COURANT AVANT IMPOTS	47 900 €					
RESULTAT NET	27 303 €					

Tableau n°2, Extrait d'un compte de résultat analytique prévisionnel

B – La compensation financière, un complément de prix garantissant l'équilibre financier ?

Au cours du développement précédent, nous avons pu expliquer que les subventions pour contraintes de service public dans le cadre d'un contrat portant sur la gestion d'un centre aquatique sont admises afin d'établir un certain équilibre financier face à un équipement par nature déficitaire. Pour autant, il est difficile de voir la distinction entre cette compensation légale et admise et un complément de prix illégalement conventionné entre la personne publique et l'opérateur. La Cour des Comptes dans son rapport de 2018 portant sur l'exploitation de ces équipements rappelait que les subventions d'équilibre au regard de l'article L 2224-2 du CGCT est limitée au financement des seules contraintes de services public imposé par l'exploitant. Ce soutien financier devant faire l'objet d'une délibération motivée de l'assemblée délibérante. La Cour des comptes au terme de son rapport a constaté que dans la majorité des cas, les communes et intercommunalités n'avaient pas identifié ni la nature, ni le coût de ces contraintes de service public et de fait que cette participation s'apparentait à une subvention illégalement versée.

Dans le cas des centres aquatiques, il semble possible de reconnaître que l'impossibilité de fixer un tarif reflétant le prix réel du service est l'une des contraintes de service public auxquelles doit faire face le gestionnaire. Si tel est le cas, il est difficile d'identifier les coûts précis de chacune des contraintes et donc de fixer la stricte compensation nécessaire au service comme le préconise la Cour des Comptes.

Les questions fiscales se posant actuellement autour de l'exploitation de ces équipements ont amené les Administrations fiscales à s'interroger sur la constitution ou non d'un véritable complément de prix. Ces dernières se sont appuyées sur une doctrine administrative²¹ qui estime que la participation financière est une subvention dès lors qu'elle satisfait aux conditions cumulatives suivantes :

- La subvention est versée par un tiers à celui qui réalise la livraison ou la prestation
- Elle en constitue la contrepartie totale ou partielle
- Elle permet au client/usager de payer un prix inférieur au prix du marché ou à défaut au prix de revient

²¹ Position adoptée depuis l'arrêt du Conseil d'Etat Commune de Guilherand-Granges du 7 avril 1999
Si les sommes versées par l'autorité délégante sont forfaitaire, c'est une subvention compatible avec la notion de DSP, si elle est proportionnelle au service rendu, c'est un prix et le contrat est qualifié de Marché

Les sommes versées par les pouvoirs adjudicateurs au délégataire pour contraintes de service public sont versées afin qu'il effectue un service déterminé. Pour autant, peut-on admettre qu'elles constituent la contrepartie du service alors même que le versement de ces subventions intervient avant le fait générateur ?

Les Administrations fiscales²² semblent en majorité être en cohérence avec la jurisprudence²³. Selon ces dernières si la subvention est versée à l'opérateur afin qu'il fournisse un bien ou effectue un service déterminé, elle s'identifie comme la contrepartie d'une opération. Par conséquent, elle ne doit pas être versée pour couvrir n'importe quel coût de l'organisme subventionné. Ainsi une subvention ne saurait être qualifiée de complément de prix dès lors qu'elle n'est pas calculée de manière à couvrir spécialement l'insuffisance de recettes résultant de la tarification mais a pour objet de prendre en charge des coûts fixes et/ou variables (subvention forfaitaire).

En définitive, l'assimilation de la subvention en un complément de prix est juridiquement vraie, si l'on s'en tient à l'appréciation stricte de la Cour des Comptes.

Dans les faits, elle paraît compliquée, l'institution de la compensation s'applique en tenant compte d'une multitude de contraintes liées au service public de l'apprentissage de la natation et non uniquement pour couvrir l'insuffisance de la tarification.

A l'heure actuelle, cette appréciation n'est pas encore unanime, la frontière entre la subvention pour contraintes de service public et le complément de prix n'est pas encore véritablement tracée, elle se fait au cas par cas. Les différentes administrations fiscales n'ont à ce titre pas une position unanime sur l'ensemble du territoire.

La qualification de la compensation pour contraintes de service public en complément de prix est donc écartée au travers de la présente démonstration. Cependant elle peut se poser à un autre niveau. En effet, on peut se demander si la redevance pour occupation du domaine public ne pourrait pas dans le cadre des contrats d'exploitation de centre aquatique être assimilé à un complément de prix.

Comme nous avons pu l'indiquer plus tôt dans ces développements, le délégataire concède des charges d'exploitation très élevées pour la gestion de centres aquatiques. Comme nous avons pu l'indiquer également, le pouvoir adjudicateur verse des compensations très importantes au délégataire.

²² Les questions fiscales floues entourant la construction et l'exploitation de centre aquatique poussent de nombreuses collectivités à interroger directement les Administrations fiscales sur des questions qui seront développées postérieurement. Les administrations répondent au travers de rescrit comportant des réflexions très casuistiques.

²³ Toujours la référence à l'arrêt mentionné à la note 15.

Dans le schéma classique des concessions de service public, que ce soit sous le modèle concessif pur ou sous le modèle d'affermage, le délégataire est redevable de la redevance d'occupation du domaine public au profit de la personne publique propriétaire.

Selon l'article 2125-1 du CG3P, "Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 donne lieu au paiement d'une redevance (...) Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat."

De plus, conformément aux dispositions de l'article L.2125-3 du CG3P, *"les redevances dues pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tiennent compte des avantages, de toute nature, procurés au titulaire de l'autorisation."*

En fait, cette redevance dispose d'une part fixe et d'une part variable. Au regard de la pratique on peut légitimement se poser la question de savoir si la redevance telle que conventionnée dans la majorité des contrats ne serait pas un complément de prix déguisé.

Il existe environ sept grands opérateurs sur le secteur de l'exploitation de centre aquatique, leurs offres ont toutes au moins une fois été rentrées dans la base de données de C5P ce qui nous permet d'avoir une vision globale de ce qui est proposé par ces derniers concernant la redevance.

Ainsi, nous pouvons affirmer que le montant de la redevance ne tient pas véritablement compte ni de l'avantage fourni ni de l'économie générale du contrat. La part fixe est très souvent fixé à 1 000€ /an sans tenir compte de la taille du projet. Ensuite, la part variable peut être calculée à partir d'un pourcentage en fonction du dépassement du chiffre d'affaires prévisionnel par le délégataire. Dans les faits, cette part variable n'est absolument pas prolifique au regard des conditions fixées. Pire même, certains candidats intègrent la part variable comme une charge certaine, ce qui influe sur le calcul de la compensation attendue et donc sur le chiffre d'affaire (alors même qu'elle est censée être calculée sur la base d'un dépassement du chiffre d'affaire prévisionnel).

Les pouvoirs adjudicateurs acceptent de ne pas demander une redevance d'occupation conforme à la véritable occupation en raison des flux financiers expliqués auparavant. En effet, la redevance devant être payée par le délégataire a pour conséquence de réduire le résultat prévisionnel du délégataire, or plus haut nous avons démontré que le chiffre d'affaire était fixé en fonction de la compensation pour contrainte de service public. Ainsi, la fixation d'une redevance d'occupation légitime a toujours pour conséquence de faire augmenter la compensation pour contrainte de service public. Cela n'a donc aucun intérêt pour la personne publique.

On peut estimer que lorsque la mise à disposition des investissements ou terrains et effectuée contre une rémunération dont le niveau apparaît dérisoire ou symbolique, l'opération ne présente pas un caractère onéreux et la mise à disposition est alors considérée comme fournie à titre gratuit. De fait, l'abandon de cette ressource peut-elle être assimilée à un complément de prix ? Cela a déjà été reconnu dans le cadre des affaires JC DECAUX. Dans l'arrêt du Conseil d'Etat de 2005²⁴ les juges ont admis que ces contrats étaient des marchés publics. D'une part, parce que la réalisation et la fourniture de prestations de service répondaient aux besoins du bloc communal et d'autre part que l'exonération de la redevance pour occupation du domaine public constituait des avantages consentis à titre onéreux en contrepartie des prestations fournies.

En l'espèce, la Collectivité consent à ne pas pratiquer la redevance adéquate en contrepartie des prestations fournies par le délégataire. La fixation d'une redevance correcte aurait pour conséquence soit d'augmenter la subvention versée par la Collectivité soit d'augmenter les tarifs. Pour autant, si la Collectivité décidait de fixer une redevance encore plus modique, elle n'aurait pas pour conséquence de réduire la subvention ou les tarifs, la redevance est clairement comme la subvention un levier dans la fixation du Chiffre d'affaire prévisionnel. En définitive, à aucun moment elle ne pénalise le délégataire. Ainsi, cet abandon de ressource peut s'apparenter à un complément de prix illégal permettant au délégataire de maintenir une rémunération stable.

Pour conclure, la subvention d'équilibre ou compensation pour contrainte de service public permet raisonnablement au délégataire de s'octroyer une rémunération non liée à ses résultats d'exploitation. Ce n'est pas un complément de prix puisqu'elle n'est pas instituée dans le seul but de couvrir l'insuffisance de recettes. Indirectement pourtant, elle impacte la fixation de la redevance pour occupation du domaine public et la fixation d'une redevance modique pourrait à terme être qualifié de complément de prix.

²⁴ Arrêt du Conseil d'Etat, Société Jean Claude DECAUX du 4 novembre 2005 n°247298. Il s'agit de contrats portant sur l'exploitation de mobiliers urbains qui ont fait l'objet d'une requalification en marché public compte tenu de leur objet répondant à un besoin de la personne publique mais également compte tenu du paiement d'un prix.

Section 2 – Un transfert de risque substantiellement réduit

Le juge s'appuie sur deux principaux éléments pour définir une concession, il regarde l'origine de la rémunération du délégataire puis l'existence ou non d'un transfert de risque. Le second élément est absolument indispensable pour qualifier un contrat concessif, il peut se rechercher au niveau de l'exploitation et au niveau des investissements. (§1), le doute quant à ce transfert emporte la requalification du contrat (§2).

§ 1 – Un risque minimisé

Le risque peut s'apprécier au niveau de l'exploitation (A) et au niveau des investissements (B).

A - Un risque au niveau de l'exploitation léger

Le transfert de risque d'exploitation implique selon la définition de la concession au sein du code de la commande publique que l'opérateur soit exposé *“aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.”*

Le critère du transfert du risque d'exploitation est venu remplacer celui du simple risque d'exploitation définitivement en 2014 lors de l'adoption de la nouvelle directive relative aux contrats de concession. En France, l'ancien critère du risque d'exploitation supporté par le concessionnaire a été consacré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Département de la Vendée.²⁵ Cet arrêt a entériné le fait qu'un contrat où seulement 18% de la rémunération provenait du tarif appliqué sur les usagers pouvait être une concession. En effet, selon le juge administratif même si la rémunération provenait du Département, le concessionnaire supportait toujours une part d'aléa liée à la rémunération variable compte tenu du nombre d'usagers.

La question de l'aléa a donc été reprise dans le critère s'imposant aujourd'hui, le transfert implique l'exposition aux aléas du marché, à l'offre, à la demande en soit. De fait, lorsque cette exposition est réduite à la moitié voir moins des prévisions de fréquentation, le transfert du risque existe-t-il toujours ?

²⁵ Arrêt du Conseil d'Etat, Département de la Vendée du 7 novembre 2008 n°291794

Dans la première section de ce chapitre nous avons pu rappeler l'importance pour la puissance publique (l'élu) de définir convenablement le projet qui entoure le complexe aquatique. La nature même du projet peut plus ou moins être cohérente avec le mode de gestion souhaité. En effet, la place plus ou moins importante des clubs et des scolaires influe nécessairement sur la possibilité ou non de mettre en place une gestion déléguée.

Pour rappel, la réhabilitation ou la construction de centres aquatiques a deux principales raisons, la première étant le manque de piscine en France et la part trop importante d'enfants ne sachant pas nager. La seconde raison est de répondre aux nouvelles attentes des usagers qui souhaitent disposer d'un espace multifonctions ou natation, remise en forme et bien-être se confondent.

Les projets de centre aquatique dans des zones urbaines et périurbaines répondent en majorité à la demande émanant de la première raison. Le manque d'installations criant ne permet pas aux élèves à la fin du cycle primaire de savoir nager. Pour autant, dans la plupart des cas, les projets imaginés ne reflètent pas de simples installations d'apprentissage de la natation comme cela a pu être construit dans les années 70s lors du plan des 1000 piscines. L'avenir est aux équipements ambitieux susceptibles d'accueillir simultanément différentes activités entre les scolaires, le grand public, les clubs sportifs, la remise en forme. C'est la meilleure façon pour rentabiliser au mieux chaque mètre carré.

Rentabiliser en effet puisque les piscines traditionnelles sont considérées comme de véritables gouffres financiers en raison d'un usage trop restrictif sur le plan temporel et trop exclusif sur le plan des usagers. Or la gestion de tels centres multifonctionnels nécessite une expertise que l'ensemble des collectivités n'ont pas. C'est ainsi que certaines optent pour la gestion déléguée avec des opérateurs économiques dépositaires d'une expertise en matière de commercialisation, de maintenance et d'animation. L'inconvénient dans ce choix est de trouver le bon équilibre entre l'intérêt général et l'activité marchande que développera l'opérateur.

Dans le cadre d'une forte demande relative aux scolaires ou aux clubs sportifs, cet équilibre est difficilement atteignable. En effet, durant mon stage j'ai pu me rendre compte de cette problématique. Certaines collectivités souhaitent transférer la gestion de l'équipement alors même qu'une majorité des créneaux devaient être occupés par les scolaires ou les clubs, quid de l'aléa portant sur la fréquentation. Le délégataire se verrait assurer une grande partie de sa fréquentation et par conséquent une grande partie de sa rémunération au travers de la compensation pour contraintes institutionnelles.

Si l'on applique et reprend le raisonnement avancé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « Département de la Vendée » en 2008 au cas des centres aquatiques, nous avons une rémunération assurée par la Collectivité mais l'aléa concernant la fréquentation lui, est partiellement neutralisé puisque les créneaux utilisés par les scolaires ou par les clubs sont certains. L'aléa porte ainsi sur une partie réduite de l'exploitation et dans de telles conditions, le délégataire s'assure plus aisément le remboursement de ses investissements.

De plus, il est certain que le risque est finalement supporté par la Collectivité car dans la majorité des cas une clause de réexamen est prévue dès lors que la fréquentation des scolaires évolue que cela soit à la baisse ou à la hausse.

En effet, la modification d'un contrat peut être prévue dès la conclusion du contrat, cela au moyen de clauses permettant soit d'adapter automatiquement le contrat sans qu'une nouvelle manifestation de volonté ne soit nécessaire, soit en prévoyant un avenant ultérieur. L'article L 3135-1 du Code de la Commande publique prévoit ainsi de manière générale qu'un contrat de concession peut être *modifié* *“lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.”* Il ne peut toutefois s'agir de clauses trop générales.

Dès lors, lorsque ces clauses se limitent à prévoir les hypothèses dans lesquelles les parties seront amenées à rediscuter les termes du contrat, sans réellement prédéfinir le résultat de leurs discussions, la jurisprudence se pose la question de savoir si les clauses de revoiture constituent des « clauses de réexamen ou d'options » suffisamment « claires, précises et sans équivoque »²⁶

Ainsi la modification doit apparaître comme la stricte logique de compensation de charges supplémentaires et ne doit pas être en mesure de neutraliser d'autres facteurs de déséquilibre du contrat qui relèvent eux des risques devant être supportés par le cocontractant.

²⁶ Raisonnement développée par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son arrêt Pressestext du 19 juin 2006 C-454/06

Ainsi, des clauses de réexamen portant sur la révision du périmètre de la délégation (suppression ou ajout de missions déléguées), sur la modification significative des conditions d'exploitation des ouvrages du service délégué (mise en service d'ouvrages nouveaux ou suppression d'ouvrages), sur une réglementation nouvelle (d'origine communautaire ou nationale) inconnue au moment de la passation du contrat et produisant ses effets pendant sa durée ou encore l'augmentation du nombre de créneaux réservés aux scolaires sont des conditions de réexamen tout à fait légitimes permettant au délégataire de couvrir l'apparition de charges supplémentaires.

Au contraire, il est également possible de retrouver dans les contrats de centre aquatique des conditions de réexamen bien plus discutables qui peuvent d'une certaine manière remettre en cause le rôle même de ces clauses. En effet, la doctrine a pu juger que la clause qui prévoit que la baisse de fréquentation est garantie par le pouvoir adjudicateur influe sur la nature du contrat car elle reporte le risque sur le pouvoir adjudicateur²⁷. De même, il est possible de retrouver dans ce type de contrat, des conditions portant sur l'augmentation des taxes. Les candidats dans le cadre de leur offre négocient de façon récurrente des pourcentages assez bas. En générale, cette augmentation serait sujette à réexamen dès lors qu'elle dépasse 5 à 10% selon les contrats ou encore des conditions de réexamen tellement larges qu'elles permettent la re négociation de tout évènement affectant l'exploitation. Mais ne sont-ils pas des aléas devant être supportés par le délégataire ?

De façon générale, on peut observer que pour les contrats dont l'équilibre financier est fragile, les clauses de réexamen sont assez flexibles.

Ainsi, en plus de l'indexation des charges et des tarifs, les parties au contrat peuvent assez facilement enclencher les clauses de rendez-vous. Il faut tout de même noter que les clauses de réexamen sont rédigées de telle manière qu'elles s'apparentent à des « clauses de rendez-vous ». La survenance d'un événement précis conduira les parties à renégocier les termes du contrat mais n'emporte pas de fait la modification souhaitée. Dans les faits, la négociation aboutit souvent soit parce que la Collectivité se retrouve démunie devant le délégataire soit pour des raisons de bonne tenue des relations contractuelles.

En définitive, la rédaction des clauses de réexamen est un aspect très important dans la mise au point du contrat de concession puisque trop générales ou larges elles peuvent avoir pour conséquence de transférer la réalité du risque d'exploitation au pouvoir adjudicateur. Ajouter à une politique tournée vers une fréquentation associative ou scolaire, la question d'un réel transfert de risque durant l'exploitation peut se poser.

²⁷ CAA Paris, Société Kéolis du 17 Avril 2017 n° 06PA02278

B - Un risque au niveau de l'investissement léger

Le modèle contractuel concessif (comprenant la conception, la construction et tout ou partie du financement de l'équipement) est depuis peu utilisé par les collectivités ou leur groupement dans le cadre d'un projet de centre aquatique. Les personnes publiques avaient l'habitude de construire l'ouvrage sous maîtrise d'ouvrage publique puis de déléguer l'exploitation et la maintenance à des opérateurs privés. Depuis quelques années, le modèle concessif se développe au côté de l'affermage. La nouvelle définition donnée à la concession par l'Ordonnance de 2016 en France en est l'une des causes, la deuxième est d'ordre financier. Les complexes sont de plus en plus grands, de plus en plus techniques, en plus de délais en maîtrise d'ouvrage publique trop long et enfin un prix de plus en plus important, les collectivités se sont tournées vers le modèle concessif afin de ne plus supporter le risque lié à la maîtrise d'ouvrage. Aujourd'hui, le coût total d'un centre aquatique varie généralement entre 6 millions et plus de 60 millions d'euros, les collectivités n'ont pas forcément la trésorerie immédiate pour supporter de tels projets.

Pour ce modèle contractuel, le critère de distinction entre marché et concession, c'est à dire le transfert du risque peut s'observer au niveau des investissements et au niveau de l'exploitation. Ainsi, le transfert du risque peut paraître discutable au niveau de l'exploitation mais est compensé par un risque au niveau des investissements et lors de la construction de l'ouvrage via le transfert du risque de la maîtrise d'ouvrage. C'est au délégataire de trouver les sources de financement, de monter des dossiers de subventions, d'obtenir les meilleures conditions bancaires et d'apporter des fonds propres. Pendant la construction, il est directement pénalisé par les retards et sa responsabilité est en permanence engagée. Le risque est réel, pour autant, encore une fois, il existe des mécanismes permettant de réduire ce risque.

Il s'agit notamment de la dette Dailly, de la contribution forfaitaire d'investissement et des subventions d'investissement.

C5P a pour habitude de réaliser des missions de soutiens financiers de groupements de sociétés privées souhaitant répondre à des procédures d'attribution de contrats de construction et d'exploitation de centre aquatique. Le plus souvent, le groupement se compose d'un constructeur, d'une société future exploitante du service public, d'une société future sous-traitante de la maintenance et de l'entretien. C5P intervient dans la structuration et la modélisation financière permettant de compléter les cadres financiers supports de l'offre qui sera déposée.

Ainsi, lorsqu'un contrat de concession porte sur la construction et l'exploitation d'un équipement de service public, la question du financement est primordiale puisque pendant la phase de construction aucune recette provenant de l'utilisateur n'est perçue. Le risque du concessionnaire est réel pendant cette phase puisqu'il doit apporter les fonds nécessaires à la construction, il s'agit de fonds propres mais également de dette subordonnée provenant des actionnaires et enfin de dettes bancaires.

Pour autant, la Collectivité est souvent mise à contribution à l'issue de cette phase notamment au travers de la dette Dailly. La dette Dailly est une cession de créance qui se définit comme un acte par la voie duquel le créancier cocontractant d'une personne publique (le cédant) transfère à un établissement de crédit (le cessionnaire) les créances qu'il détient sur la personne publique (le débiteur cédé).

Dans le cadre de contrat de la commande publique cela se traduit par le fait que la dette contractée par le concessionnaire est cédée à la Collectivité, la Collectivité rembourse chaque mois/ trimestre/année la dette du concessionnaire à l'établissement bancaire. La cession Dailly est régie par les articles L 313-23, L 313-29-1 et L 313-29-2 du Code Monétaire et Financier. Ce mécanisme de cession de créances permet de conférer un caractère irrévocable au flux de rémunération à compter de la date effective de mise à disposition des ouvrages. La dette bénéficiant de l'acceptation est assortie d'une marge bancaire plus favorable, et n'est en outre pas soumise aux contraintes de ratios bancaires, de « tail » et de comptes de réserves applicables aux Projets.

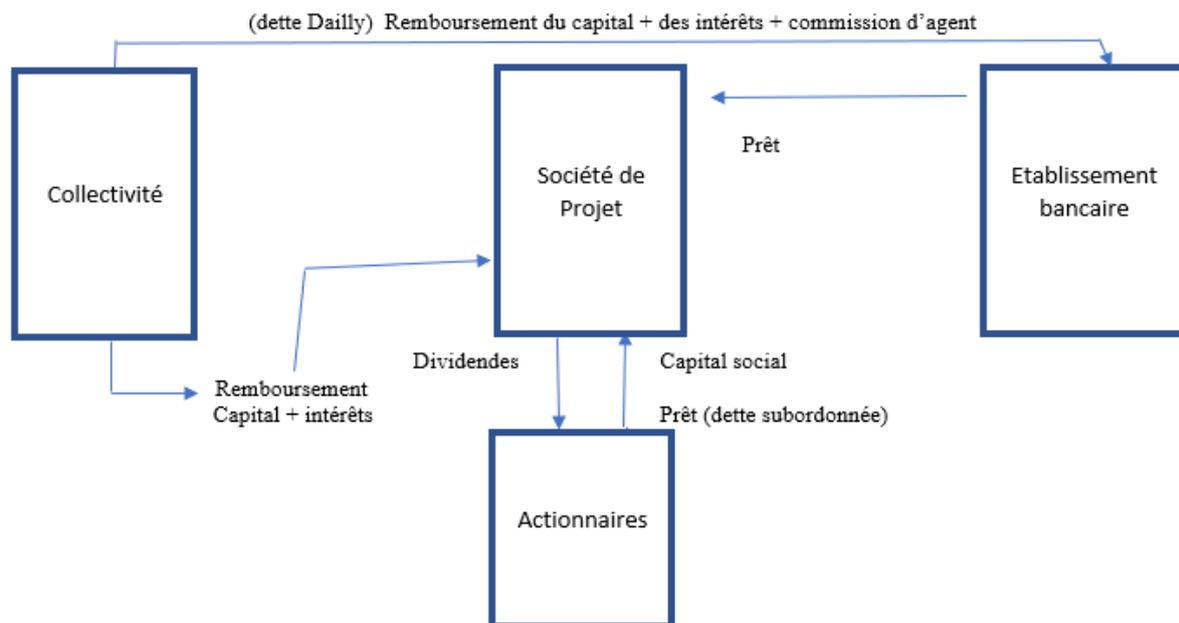


Schéma expliquant le mécanisme de la dette Dailly

En effet, durant la phase de construction, le concessionnaire perçoit différentes ressources (dette subordonnée, apport du capital social, subvention d'investissement, crédit construction) mais il ne rembourse que les frais financiers intercalaires (frais financiers et de commission). Au début de l'exploitation, le concessionnaire doit commencer à rembourser les sommes empruntées, c'est à partir de cette période qu'il demande la contribution forfaitaire d'investissement au pouvoir adjudicateur. Cette dernière est en majorité composée de la dette Dailly (C1-1 A) et d'une dette projet (C1 -1 NA), la dette projet comprend, les remboursements de la dette subordonnée, des fonds propres et des taxes. Ainsi, la Collectivité rembourse l'emprunt contracté par le délégataire, ce dernier ne supporte donc plus aucun risque financier à ce niveau-là, sa capacité d'emprunt ne peut se dégrader. Ensuite, il rembourse également la dette apportée par les actionnaires membres du groupement. Il faut noter qu'à ce niveau-là, la Collectivité rémunère directement les actionnaires puisqu'elle subit des taux d'intérêts élevés de l'ordre de 6% à 7%.

Contribution forfaitaire d'investissement (C1-1)	TOTAL	Contributions
Dette Dailly - Capital	10 531	C1-1-Ap
Dette Dailly - Intérêts	2 752	C1-1-Ai
Commission d'agent	340	C1-1-NAi
Dette subordonnée - Capital	519	C1-1-NAp
Dette subordonnée - Intérêts	102	C1-1-NAi
Capital Social - Capital	35	C1-1-NAp
Capital Social - Dividendes	291	C1-1-NAi
Taxes - IS	99	C1-1-NAi
Taxes - CET	443	C1-1-NAi
Frais de fonctionnement de la société dédiée	-	C1-1-NAi

Ainsi, au travers de ce mécanisme, le concessionnaire limite les risques liés au financement, il obtient une marge bancaire plus favorable et ne supporte aucune contrainte de ratio bancaire. L'intérêt est donc réel pour le concessionnaire, s'agissant de la personne publique, l'intérêt est contraint, elle supporte cette dette pour à terme moins contribuer auprès du concessionnaire.

Les participations apportées par les personnes publiques pendant la phase de conception-réalisation constituent également un moyen de limiter le risque financier supporté par le concessionnaire dans la mesure où elles réduisent considérablement le montant à financer par le partenaire privé, et donc le montant des fonds propres à apporter. Il n'est pas rare que ces participations publiques financent de 20% à 60% du montant investi, ce qui en contrepartie réduit les coûts financiers supportés par la collectivité.

En définitive, ces mécanismes ne transfèrent par le risque de l'investissement du délégataire à la collectivité. Le délégataire continue de supporter un risque durant la phase de travaux. Pour autant, ils permettent à ce dernier de maintenir une capacité d'investissement optimale et de limiter la proportion des intérêts.

Bien qu'il existe un risque pour le délégataire durant la phase de travaux, cela ne permet pas de protéger le contrat d'une requalification. En effet, le contrat étant une délégation de service public, il a pour principal objet la gestion de ce service. Le risque concernant l'exploitation est donc le principal risque à prendre en compte.

§ 2 – Un risque réel de requalification

La notion de risque renvoie aux aléas auxquels le concessionnaire peut être confrontés durant l'exécution du contrat, ces aléas mutables et évolutifs rendent la qualification instable. (A) A quels types d'aléa le concessionnaire fait-il encore face ? (B) N'est-il pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à la construction, à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ?

A - Une qualification instable

Les caractéristiques de la concession/délégation de service public présentent des similitudes avec plusieurs autres régimes juridiques, tels que les marchés publics, les conventions d'occupation du domaine public ou encore les subventions. Pour chacune de ces structurations juridiques la requalification juridique est possible dès lors que les éléments financiers initiaux ne sont pas bien encadrés ou mal définis ou détournés par les cocontractants.

Plus précisément, la requalification d'une concession en marché public n'est pas rare. A notre connaissance, aucun contrat portant sur l'exploitation d'un centre aquatique n'a pour l'heure été remis en cause par les juges. Pour autant, la jurisprudence a récemment été active pour définir ce qu'est le transfert du risque d'exploitation depuis l'ordonnance de 2016 et a déjà conclu à la requalification de certains contrats portant sur un service public ou non.

C'est notamment le cas pour les contrats portant sur l'exploitation des cantines scolaires. Dans une décision du 24 mai 2017²⁸, la haute juridiction administrative a estimé que compte tenu des différents types de versements prévus au contrat (subvention forfaitaire annuelle et complément de prix) et de leur proportion vis à vis de la rémunération du délégataire, la part du risque transférée n'impliquait pas une réelle exposition aux aléas du marché. L'absence d'exposition aux aléas du marché ne permettait pas de reconnaître le transfert du risque d'exploitation au délégataire. Dès lors, la convention provisoire en cause a été requalifiée en marché public.

²⁸ Conseil d'Etat, Société Régale des Iles du 24 mai 2017 n°407213

Il est intéressant d'observer l'argumentaire fourni par les collectivités lorsque l'un de leur contrat est remis en cause devant le juge. Dans l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux portant sur les mêmes protagonistes mais pas sur le même contrat, la commune de Saint Benoît a fait appel du jugement du tribunal administratif de la Réunion. Elle contestait notamment le fait que la société requérante avait appuyé lors de son raisonnement en première instance sur le fait que les subventions complémentaires prévues au contrat étaient liées au nombre de repas élaborés et pas au nombre de repas servis. En contestant cette appréciation, la Collectivité voulait démontrer que le délégataire était exposé au risque de la fréquentation et donc aux éventuelles pertes et impayés. La personne publique avait également mis en avant le risque de renouvellement du matériel de la cuisine qui avait été mis en service il y a une dizaine d'années.

Finalement, les juges retiennent également la qualification de marché public. Ils estiment d'une part qu'au moins 60% de la rémunération annuelle du délégataire est assurée par le versement d'une subvention, que de plus des dispositions contractuelles prémunissent le délégataire contre les impayés mais aussi que la réactualisation du nombre de repas prévisionnel la veille de la livraison limite le risque de perte.

Enfin, que la clause de réexamen des conditions financières actionnable dès lors que le nombre de repas connaît une augmentation ou une diminution d'au moins 20% permet au délégataire de circonscrire tout risque.

Sous l'empire de l'ancien critère de distinction entre marché et concession les juges s'étaient déjà penchés sur la qualification de ces marchés. En 2009, le Conseil d'Etat²⁹ s'était notamment appuyé sur la rémunération du délégataire. Il avait reconnu que la commune prenait en charge la différence entre la redevance perçue auprès des usagers et le prix des repas fixé conventionnellement, ajouter à un aléa de fréquentation relativement faible, le Conseil d'Etat avait écarté tout risque supporté par le délégataire. La différence avec les arrêts récents est que les juges pour admettre l'absence de risque se basaient non pas sur la réalité d'un transfert de risque mais sur le caractère substantiel ou non des résultats financiers liés à l'exploitation.

Ainsi, aujourd'hui les juges doivent regarder plusieurs éléments portant sur l'équilibre du contrat pour infliger ou non une requalification, la difficulté pour ces derniers est d'apprécier chacun de ces éléments au regard des spécificités du contrat. La décision de requalifier un contrat est lourde de conséquences pour chacune des parties.

²⁹ Arrêt du Conseil d'Etat du 5 juin 2009 n° 298641

En effet, la requalification emporte inévitablement une disparition anticipée du contrat dont l'origine n'est pas à rechercher dans la volonté des parties. Lorsque le juge administratif se prononce sur la forme juridique de la délégation et conclut à sa requalification en marché public, la convention est frappée de nullité. Cette décision remet donc en cause ab initio le contrat conclu.

La nullité est assortie d'un effet rétroactif, l'acte est donc anéanti tant pour ses effets futurs que pour ses effets passés. Elle induit une fin extérieure aux parties émanant de la nullité prononcée par une décision bénéficiant de l'autorité de la chose jugée. Dans ce cas, les fondements de l'indemnisation du délégataire sont à rechercher dans le régime de la responsabilité quasi contractuelle ou extracontractuelle³⁰ ce qui ouvre pour le délégataire un champ très étendu d'indemnisations. Notamment, le juge a pu accorder dans une décision Commune de Castres³¹ au-delà de la somme correspondant aux biens de reprises, un montant de plus de 27 millions d'euros sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Ces indemnisations obligent l'administration à rembourser les dépenses de son cocontractant qui lui ont été utiles, le plus souvent, il s'agit des dépenses d'investissement qu'il a effectuées et relatives aux biens nécessaires ou indispensables à l'exploitation du service. Par conséquent, la requalification d'un contrat peut fortement impacter la Collectivité, d'une part sur le plan organisationnel du service public et d'autre part sur le plan financier.

Finalement, la structuration tarifaire du service public de la restauration scolaire n'est pas si différente de celle des centres aquatiques, la nullité de certains de ces contrats pourraient à terme être discutés devant le juge.

B- Une rémunération et une fréquentation substantiellement assurée ?

Les conditions économiques fixées dans la convention, et notamment le mode de rémunération, doivent traduire ce transfert de risque, qui doit être effectif.

La concession de service public, doit être structurellement risquée. Le concessionnaire ne peut donc bénéficier dès l'origine, par le biais des stipulations contractuelles, d'une garantie d'équilibre ou pire encore de gain, par l'effet, par exemple, d'un prix ajustable en fonction de mécanisme de compensation automatique des pertes. Après une certaine démonstration, nous avons conclu que la compensation pour service public n'était pas fatalement un complément de prix car elle ne servait pas uniquement à compenser la tarification insuffisante appliquée aux usagers.

³⁰ Conseil d'Etat Société JC DECAUX du 10 Avril 2008 n°244950

³¹ Conseil d'Etat Commune de Castres du 7 décembre 2012 n° 351752

Pour autant, cette compensation neutralise pour le moins l'un des aléas les plus communs censé peser sur le délégataire, nous entendons le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitations par les recettes.

La plupart des administrations fiscales estiment qu'en l'absence de lien direct entre l'insuffisance des tarifs arrêtés par les parties au contrat par rapport au prix du marché et le montant de la subvention, la contribution forfaitaire ne peut pas être qualifiée de « complément de prix ».

Dans un souci de transparence, certains candidats à l'obtention d'une concession de service public fournissent au futur délégant dans leur offre, une décomposition de la subvention pour contrainte de service public. En l'espèce, la décomposition présentée ci-dessous est tirée de l'offre initiale d'un candidat à l'obtention d'un contrat d'affermage pour un centre aquatique à la fréquentation estimée à 90 000 usagers. On peut observer que les contraintes liées à l'ouverture de l'équipement les dimanches et certains autres jours fériés coûtent chaque année 64 538€ au délégataire.

Ensuite, le délégataire détaille la fréquentation hors scolaires et clubs puisqu'ils sont pris en charge par la seconde compensation. Il indique le coût unitaire moyen nécessaire pour couvrir ses charges en divisant le montant de ses charges d'exploitation par la fréquentation. Par ce calcul il indique à la Collectivité le tarif correspondant au service rendu. Sous ce tarif, il indique le tarif moyen conventionnellement fixé à 4.41€. Le montant total de la compensation demandée à la Collectivité est finalement de 387 098€ par an et plus de 322 500€ servent à couvrir l'insuffisance de tarif.

CALCUL COMPENSATION FORFAITAIRE POUR CONTRAINTES DE SERVICE PUBLIC				
Ouverture de l'équipement 355 jours/an dont :	Quantité	Charges d'exploitation	Recettes d'exploitation	Ecart
Les dimanches	50 jours	129 137,72	73 501,54	-55 636
Les jours fériés (hors 25 décembre, 1er janvier et 1er mai)	8 jours	20 662,04	11 760,25	-8 902
Cout des contraintes d'ouverture de l'équipement				64 538 €
Politique tarifaire :				
Fréquentation (hors scolaires et clubs)		73 184		
Charges d'exploitation (hors accueil scolaire et clubs)		837 071 €		
Soit coût unitaire moyen par fréquentation		11,44 €		
Chiffre d'affaires commercial (hors compensation)		514 511 €		
Soit Prix unitaire moyen par fréquentation		7,03 €		
Soit insuffisance de tarification		4,41 €		
Soit montant Global de l'insuffisance tarifaire		322 560 €		
+ Cout des contraintes d'ouverture de l'équipement				64 538 €
TOTAL COMPENSATION FORFAITAIRE € HT				387 098 €

Tableau n°3, Détails du calcul de la compensation pour contrainte de service public

Ce type de démonstration de prime abord est un geste de transparence du délégataire envers la personne publique. Mais si l'on regarde de plus près, elle est très contestable puisqu'elle a pour finalité de noyer l'insuffisance de tarif dans un ensemble de charges bien plus large. Compte tenu des calculs, le coût unitaire d'une entrée pour couvrir les charges est de 11.44€, cette assiette servant à déterminer la part de l'insuffisance de tarifs. Pour autant, ce tarif s'assoit sur le chiffre d'affaire commercial. Or, ce dernier est obtenu en soustrayant les charges d'exploitation des recettes commerciales. Les charges d'exploitation ne correspondent pas uniquement aux sujétions de service public et surtout une partie de ces sujétions est difficilement chiffrable sur une année. C'est notamment le cas des sujétions portant sur les principes de continuité, de sécurité, d'égalité de traitement des usagers mais également des questions de sécurité.

De plus, si l'on veut être encore plus précis et si l'on s'en tient à la stricte compensation du service public fourni et pas de l'activité totale d'exploitation sous couvert du service public, le candidat ne devrait pas calculer l'insuffisance tarifaire en divisant la fréquentation totale par l'insuffisance de tarif à l'unité. Le fait d'englober l'ensemble des charges, des recettes et de la fréquentation sans distinguer ce qui relèvent ou non du service public a pour conséquence de faire gonfler la subvention et surtout de contester l'aide à hauteur de la stricte compensation.

Au surplus, on peut émettre l'hypothèse que la compensation de la personne publique permet au candidat de proposer des tarifs sur la partie bien être et sport bien plus avantageux que dans une exploitation purement privée. En effet, la partie structurellement déficitaire étant entière prise en charge par la personne publique, le candidat peut se permettre d'afficher des tarifs attractifs sur les activités marchandes.

Ces éléments remettent fortement en cause la réalité de la qualification de la compensation pour service public. Ce constat commence à faire réfléchir la doctrine, notamment la doctrine fiscale qui se pose la question aujourd'hui de reconnaître légalement le complément de prix au sein de contrat de concession. En effet, la question de l'absence de lien entre insuffisance de tarif et compensation devient difficilement défendable devant des équilibres financiers tels que présentés en l'espèce.

Certains rescrits³² reconnaissent librement que la compensation est un complément de prix et qu'elle doit donc être soumise à la TVA tel le paiement d'une prestation. Le développement consiste à dire que le principe du versement de la subvention existe avant le fait générateur des opérations dont elle constitue la contrepartie. La subvention est spécifiquement versée à la société exploitante afin qu'elle effectue un service déterminé.

³² C5P conseille souvent aux collectivités qu'il appui de questionner l'administration fiscale sur ces sujets, j'ai donc eu accès à plusieurs rescrits d'administration fiscales départementales différentes au point de vue également différents.

Ce type d'appréciation est encore isolée mais de plus en plus de directions fiscales l'envisagent. Ainsi, le critère du transfert du risque d'exploitation ne serait-il pas à bout de souffle ou serait-ce le modèle concessif qui n'est plus adaptable à l'exploitation de centre aquatique.

Serait-il possible d'imaginer un modèle concessif pour les centres aquatiques ne reposant que sur le risque de la fréquentation de l'équipement et de la potentielle concurrence ? ou est-il également friable ?

En effet, dès lors que l'accueil des scolaires et des clubs rassemblent une part négligeable des entrées, le risque lié à la fréquentation est véritablement faible pour le concessionnaire.

Si le nombre d'utilisateurs est constitué pour l'essentiel d'enfants et d'adhérents, la fréquentation n'est pas susceptible de diminuer de manière substantielle d'une année sur l'autre. Ce type de contrat n'est pas hypothétique surtout dans les zones périurbaines où la demande est forte. Lors de la réhabilitation ou de la construction d'un centre aquatique, la demande est d'autant plus forte car comme le déplore la Cour des Comptes dans son rapport de 2018, les collectivités propriétaires de l'équipement passent très rarement des conventions avec le département ou la Région lorsqu'il s'agit de l'accueil des scolaires.

Ces derniers ne participent pas au coût de fonctionnement et même si une participation est prévue elle est complètement déconnectée des coûts réels de fonctionnement de l'équipement.

L'absence réelle d'équipement en zone urbaine et périurbaine rend très compliquée l'harmonisation de l'occupation de l'équipement entre chaque catégorie d'utilisateur. La Collectivité se trouve contrainte par une demande à la technicité élevée qu'elle ne peut supporter seule et sa mission de service public qu'elle ne peut délaissier. Surtout le lobbying de la fédération de natation incite encore plus les collectivités à augmenter le nombre de créneaux dédiés aux scolaires ou aux clubs. En effet, la part de la subvention qu'elle peut verser à la Collectivité dépend de la proportion de l'activité de natation scolaires ou sportives qui sera proposée.

Le cabinet C5P réalise des études de comparaison de mode de gestion en amont du projet de centre aquatique. Une étude réalisée au cours de mon stage a par exemple conclu au risque qu'il y aurait à retenir une gestion déléguée, faute d'un aléa sur la fréquentation suffisant. Il est très rare d'écarter un mode de gestion lors de ce type d'étude, pour autant pour ce cas précis il n'était absolument pas viable ni pour la commune ni pour le délégataire de se lancer dans un projet de DSP. En effet, les différentes compensations devant être apportées par le pouvoir adjudicateur afin de maintenir l'équilibre financier du contrat avoisinaient les 2 millions d'euros par an. Surtout, la part des recettes commerciales représentait à peine 30% des recettes totales du délégataire.

Les volumes d'activités des structures associatives occupant le site pouvant évoluer, C5P a conclu qu'il était fort probable que le contrat tel que projeté par la ville courait un réel risque de requalification.

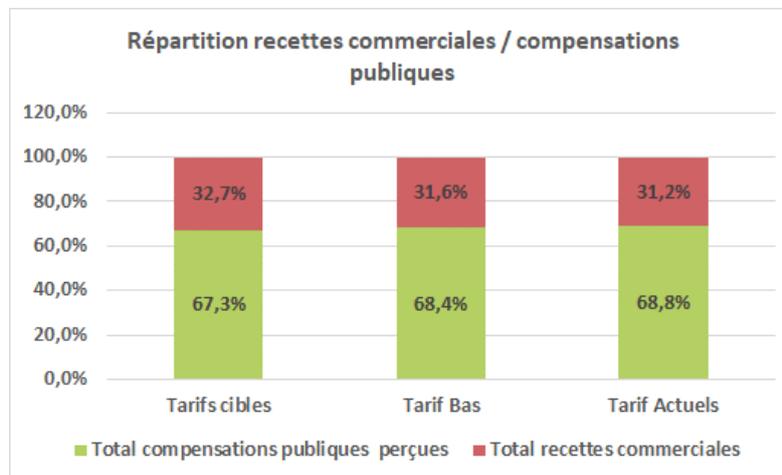


Tableau n°4, Exemple détaillé de déséquilibre des ressources

La question de la requalification se pose également lorsqu'un projet public de centre aquatique doit faire cohabiter la mission de service public qui est l'accueil des scolaires et du public et l'accueil d'un club sportif professionnel. Comme pour les scolaires, la personne publique propriétaire de l'équipement ne fait pas ou peu payer au club la mise à disposition de l'équipement. Or, dans le cadre d'une utilisation professionnelle, le nombre de créneau peut vite devenir important au point de conférer une fréquentation quasi assurée pour le délégataire. De prime abord, ce type d'utilisation ne semble pas compatible avec une gestion privée.

Finalement, mis bout à bout l'équilibre financier de ces contrats reflète-il véritablement l'essence même de transfert du risque d'exploitation ? On peut en douter, les balbutiements de risque permettent encore de maintenir la qualification en contrat concessif mais ces équilibres financiers ne traduisent plus le risque tel que penser originellement. Le risque d'exploitation ne doit pas trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties ont un contrôle comme les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure, ces risques étant inhérents à tous les contrats qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession.

Ce critère appauvrit en quelque sorte donne toute l'étendue du recul de l'originalité de cette technique contractuelle, au point qu'il ne reste plus que des différences ponctuelles entre concessions de service public et d'autres contrats de service public.

Le concessionnaire ne supporte pas véritablement de risque pouvant l'amener à perdre de l'argent. L'exploitation de centre aquatique n'est pas très rémunératrice mais elle a pour avantage d'assurer en grande partie un retour sur investissement. La requalification ne dépend finalement que de l'appréciation de la nature des sommes versées par la personne publique selon que la contribution soit forfaitaire ou proportionnelle au service rendu.

Pour autant, le modèle concessif ne fait que croître et gagne de plus en plus de place face à la gestion en régie. Les collectivités dorénavant attachées à ce modèle ont les moyens de mieux sécuriser leur contrat concessif portant sur la gestion de centre aquatique. Quelques aménagements législatifs et une meilleure implication des pouvoirs adjudicateurs pourraient tout de même à terme sécuriser ces contrats instables.

Chapitre 2 – Les concessions de centres aquatiques : un montage contractuel exigeant à réinventer

Le secteur des activités publiques se présente comme un ensemble hétérogène, formé d'une multitude d'éléments très divers et qui ont chacun leur logique de fonctionnement. Les services publics ont été créés au coup par coup et en suivant l'émergence des problèmes sociaux, dont ils reflètent la diversité. Ils sont chargés d'agir dans un milieu donné, de répondre à des demandes ; aussi ils tendent à accuser leur particularisme au sein de la simple distinction entre Marché et Concession (Section 1). Le marché public ne semble pas être plébiscité pour l'exploitation de centres aquatiques, la concession pas tout à fait compatible non plus. La réflexion est donc entière à savoir de quelle manière les Collectivités doivent appréhender le mode de gestion de ces équipements (Section 2)

Section 1 – Les obstacles remettant en cause le modèle concessif pour les centres aquatiques

Le service public ne désigne pas seulement un champ d'activité sociales, caractérisées par une logique de fonctionnement spécifique. L'exploitation d'un centre aquatique soulève en France des multitudes de problèmes d'ordres, juridiques, fiscaux et culturelles. Face à une activité en pleine mutation et se commercialisant, les collectivités refusent pour autant de voir évoluer les modalités de gestion de leur équipement (§1), le développement du recours au modèle concessif dans un contexte n'évoluant pas fait perdre en lisibilité la réalité du montage contractuel (§2).

§ 1 - Un modèle économique difficilement évolutif en raison de limites culturelles, techniques et politiques

L'instabilité des contrats concessifs portant sur les centres aquatiques provient de l'insuffisance de tarification imposée par la Collectivité (A), son caractère concurrentiel dans certain cas pose également des questions quant à la concurrence et au traitement différencier quant à la TVA. (B)

A - Un tarif culturellement bas à repenser

Dans les années 80, les aspirations sportives du public évoluent, modifiant le rapport à la pratique, de plus en plus envisagée sous l'angle du loisir et du bien-être. Au côté des adhérents aux fédérations sportives, l'utilisateur tend à devenir le client d'une offre sportive diversifiée et la Collectivité se voit dans l'obligation de concourir à un projet à la fois commun et d'intérêt général mais aussi à un projet de détente et de jeu.

L'ensemble est constitutif d'une certaine complexité sociale. Le centre aquatique demeure un lieu d'apprentissage, mais cela reste-t-il l'activité principale ? La décision politique de construire un tel centre émane-t-elle d'un besoin d'intérêt général indiscutable ou d'un besoin récréatif ? Ces questions sont primordiales dès lors qu'elles agissent directement sur le prix pratiqué, un service public indispensable doit répondre aux grands principes du service public tandis que le service public facultatif n'est soumis qu'aux règles de la concurrence et son tarif doit refléter le coût du service.

C'est l'organe délibérant qui est compétent pour instaurer et fixer le tarif d'une redevance. Le code général des collectivités territoriales (CGCT) le précise dans ses articles L.2121-29 pour les communes, L. 3211-1 pour les départements, L. 4221-1 pour les régions et L.5211-10 pour les EPCI. Lorsque la gestion du service public est déléguée, la fixation du tarif reste la compétence exclusive de la Collectivité tributaire de la compétence (sur proposition du délégataire).

La fixation du tarif est libre dès lors qu'il respecte le principe d'égalité entre usager du service public, qu'il est établi selon des critères objectifs et rationnels qui correspondent au service rendu. La règle veut que les SPIC doivent appliquer un tarif qui couvre l'intégralité des coûts du service. Pour autant, comme nous l'avons vu, la contribution est largement reconnue pour des services comme l'exploitation d'un centre aquatique.

Cependant, qu'est-ce qui pousse la Collectivité à pratiquer des tarifs aussi bas alors que son offre s'est développée ? De même s'agissant de la variation des tarifs selon la catégorie d'usager. En effet, rien n'empêche la Collectivité d'appliquer un tarif unique pour toutes les catégories d'usagers sans distinction³³.

En France, la ressource tarifaire est généralement présentée comme un élément résiduel et ne fait pas l'objet d'analyses quantitatives précises et méthodiques. C'est autour de ce postulat que la Cour des Comptes dans son rapport de 2018 a déploré l'absence de politique tarifaire des collectivités propriétaires dès lors qu'elles supportaient seules le coût d'équipements bénéficiant à tout usager qu'il soit contribuable redevable ou non.

Il semble que la Collectivité soit contrainte par le service public lui-même et sa dimension impalpable. C'est un principe qui imprègne les imaginaires sociaux et guide l'intervention publique. Le Conseil d'Etat lui-même décrit le service public comme « *une zone intermédiaire entre la puissance publique et les entreprises ordinaires* ». De fait, comme le soulignent Elie Cohen et Claude Henry³⁴ les missions de service public sont en France « *un facteur d'identité qui contribue au sentiment d'appartenance à une communauté traitant équitablement ses membres* ». Autrement dit, les missions de service public sont un facteur de cohésion sociale, à la fois directement par la nature des services rendus, et indirectement comme signe social.

³³ Conseil d'Etat, arrêt du 28 mars 1997 n° 1790499

³⁴ « Service public, Secteur public », La Documentation Française

Finalement, le tarif proposé par les collectivités ne couvre qu'entre un tiers et la moitié des coûts liés à l'exploitation de la piscine. On estime que le ticket moyenne correspond à 4€TTC³⁵. Ainsi, c'est bien l'effort collectif (via l'impôt) qui permet au centre aquatique de survivre et de réserver un accès pour tous. Or ce modèle doit-il perdurer lorsque les centres aquatiques deviennent de véritables lieux récréatifs bien plus élaboré que le simple service public d'apprentissage de la natation ? Le centre aquatique reste-t-il à part entière un service public.

La tarification actuelle des centres aquatiques doit nécessairement aboutir à un rééquilibrage, les activités proposées ne reflètent plus la nécessité de pratiquer une sous tarification, les centres aquatiques d'aujourd'hui sont loin de contribuer aux seuls besoins du service public, surtout le déploiement de la gestion déléguée ne le permet plus. La barrière psychologique d'un prix trop élevé doit être levée. L'utilisateur doit désormais être le principal payeur. Force est de constater que le développement de logique de prix cohérent s'accompagnera d'une fragmentation de l'intérêt général au profit de l'activité marchande. Pour de tel service le principe ne doit plus être que la justice sociale et fiscale est rendue par une juste contribution payée par chacun en fonction de ses capacités mais que chacun doit payer en fonction de l'utilisation de tel ou tel bien ou service. Cela aura pour conséquence de réduire la subvention versée par la Collectivité mais également de provoquer la prise de conscience par les administrés du coût des biens collectifs.

Au regard de l'activité, le transfert des charges du contribuable vers l'utilisateur est tout à fait opportun bien que cela pose des questions au regard de l'exigence de justice sociale. Il s'agit en effet souvent de choix qui reposent sur des postulats et non sur une analyse économique et sociale approfondie des situations. Il serait tout à fait possible de pratiquer un tarif social pour les catégories d'utilisateurs concernées et un tarif couvrant la réalité du service pour les autres usagers.

En effet, on reconnaît que toute Collectivité assurant la gestion d'un service public à caractère facultatif et à vocation sociale, éducative ou culturelle peut instaurer un tarif social. L'article 147 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions prévoit que les tarifs de ces services peuvent « être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer » De fait, cela ouvre une piste de réflexion pour les Collectivités qui pourrait être portée sur l'application d'un tarif social pour les personnes concernées et un tarif couvrant les charges du service pour les autres usagers afin de réduire la part de la rémunération apportée par le pouvoir adjudicateur.

³⁵ Ce montant est issu de la moyenne des pratiques tarifaires relevées

Surtout, la structuration des tarifs actuels doit être repensée afin d'éviter tout recours. Le juge de la concurrence, pourrait légitimement être saisi par des opérateurs privées, afin de vérifier que la tarification pratiquée ne constitue pas un abus de position dominante et que la personne publique n'utilise pas les avantages structurels dont elle peut bénéficier (financement par l'impôt, subventions pouvant être qualifiées d'aides d'Etat si elles ne compensent pas strictement des obligations de service public, financement croisé entre activités concurrentielles et non concurrentielles) pour adopter des stratégies d'évincement de l'offre marchande par des prix dits prédateurs.

La non-transparence de la subvention versée par la personne publique ainsi que la structuration des prix pratiqués remettent largement en cause le modèle concessif de centre aquatique en France. Face à une évolution des besoins de plus en plus sophistiqués et multiples la place de la concession devrait s'élargir à terme, encore faut-il que le service public de la piscine soit repensé. L'ensemble des projets actuels ne répondent plus au standard des piscines des années 70, la part marchande de l'activité est de plus en plus présente et peut dépasser la seule natation. Aujourd'hui, sa nature mixte pose des problèmes récurrents sur le marché intérieur quant à sa position vis à vis des activités purement privée.

B – Les incertitudes en matière d'assujettissement à la TVA

L'assujettissement ou non du service public à la TVA est une question éminemment importante dans le cadre de contrat concessif.

L'activité hors du champ d'application de la TVA, au sens de l'article 256 B du CGI, doit répondre à deux critères :

- Elle doit être exercée par une personne morale de droit public,
- Elle doit être accomplie par cette personne en tant qu'autorité publique.

C'est ainsi la question de l'exercice par la personne publique de son autorité publique qui pose la question de l'assujettissement ou non dans le cadre des centres aquatiques. En effet, la personne publique agit en tant qu'autorité publique lorsque la nature du service rendu est administrative, sociale, éducative, culturelle et sportive mais encore faut-il que l'activité soit fondamentale et obligatoire ce qui n'est pas le cas des centres aquatiques. Les autres activités non fondamentales restent hors du champ de la TVA dès lors qu'il n'y a pas distorsion dans les conditions de la concurrence.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a, dans un premier temps, laissé au juge national le soin d'apprécier, au vu des circonstances de chaque espèce, l'existence de distorsions de concurrence.

Aussi, il était tenu compte du marché local et des conditions de concurrence dans ce marché, ce qui a conduit à considérer que l'exploitation d'un parc aqualudique était soumise à la TVA dès lors qu'il était en concurrence réelle avec un exploitant privé proposant le même service.

Désormais, la CJUE juge que les distorsions de concurrence auxquelles conduirait le non-assujettissement des organismes de droit public, agissant en tant qu'autorités publiques, doivent être évaluées par rapport à l'activité en cause, en tant que telle, sans que cette évaluation porte sur un marché local en particulier³⁶.

Dès lors, doivent être assujetties à la TVA les activités des organismes publics qui sont exercées ou qui peuvent potentiellement l'être par des opérateurs privés assujettis, pour autant que la possibilité pour ces derniers d'entrer sur le marché considéré soit réelle, et non purement théorique. Ainsi, l'absence de distorsions de concurrence est présumée en présence d'une piscine traditionnelle composée de bassins à vocation essentiellement éducative et sportive. Par conséquent, les droits d'entrée perçus sont placés hors champ d'application de la TVA et les dépenses d'investissement afférentes à l'équipement ouvrent droit à l'attribution du Fond de compensation de la TVA. L'exploitation d'un centre aqualudique par une Collectivité locale sera, quant à elle, soumise à la TVA que la concurrence avec un exploitant privé soit réelle ou simplement potentielle.

Ainsi, l'activité proposée est bien assujettie à la TVA pour autant un flou juridique persiste lorsque la Collectivité réalise ses travaux en maîtrise d'ouvrage publique concernant l'assujettissement complet ou non de l'activité à la TVA.

Ces situations sont assez courantes surtout lorsque des équipements aquatiques sont déjà présents. Des rescrits sont constamment fournis pour tenter de répondre à la question de l'assujettissement ou non d'une part de l'activité mais le développement des arguments élaborés par les directions fiscales ne fait absolument pas consortium.

En effet, dans le cas d'une concession d'affermage, la question de la TVA se pose assez rapidement pour savoir si les investissements portés par la Collectivité doivent être récupérés par la voie du FCTVA ³⁷si l'activité se trouve hors champ de TVA ou par la voie fiscale normale si l'activité se trouve dans le champ de la TVA. Pour ce faire, les administrations fiscales regardent la situation entourant la mise à disposition des infrastructures.

³⁶ Décision de Cour de Justice des Communautés Européennes, Isle of Wight Council du 16 septembre 2008

³⁷ Le fonds de compensation pour la TVA (FCTVA) est un prélèvement sur les recettes de l'Etat qui constitue la principale aide de l'Etat aux collectivités territoriales en matière d'investissement. C'est une dotation versée aux collectivités territoriales et à leur groupement destiné à assurer une compensation, à un taux forfaitaire, de la charge de TVA qu'ils supportent sur leurs dépenses réelles d'investissement et qu'ils ne peuvent pas récupérer par la voie fiscale puisqu'ils ne sont pas considérés comme des assujettis pour les activités ou opérations qu'ils accomplissent en tant qu'autorités publiques. Le taux de compensation forfaitaire fixé par l'article L. 1615-6 du CGCT est de **16,404 %** pour les dépenses éligibles réalisées à compter du 1er janvier 2015.

En effet, lorsqu'une Collectivité territoriale confie l'exploitation d'un service à tiers, la mise à disposition à titre onéreux des investissements que la Collectivité a réalisés est constitutive d'une activité économique imposable. En d'autres mots, les directions fiscales se basent non pas sur l'activité elle-même pour juger de l'assujettissement mais sur la nature de la mise à disposition des équipements. Or, comme nous avons pu l'expliquer plus tôt dans ces développements, le particularisme de l'équilibre économique de ce type de contrat amène la Collectivité à proposer une redevance d'occupation du domaine public bien inférieure à la valeur réelle de l'occupation. De fait, les directions fiscales ont tendance à estimer que les investissements liés à l'activité sont hors champ de la TVA lorsqu'un rescrit leur est demandé. Elles estiment que lorsque la mise à disposition des investissements est effectuée contre une rémunération dont le niveau est dérisoire ou symbolique, l'opération ne présente pas un caractère onéreux, que dans ces conditions, la mise à disposition des infrastructures ne peut être considérée comme effectuée à titre onéreux et ne confère pas la qualité d'assujetti.

Ainsi, dans le cadre d'une DSP affermage, l'activité qualifiée de SPIC proposera des tarifs soumis à la TVA, le délégataire sera soumis à la TVA, la compensation financière relative aux contraintes institutionnelles sera soumise à la TVA mais la personne publique ne sera pas autorisée à récupérer par la voie fiscale la TVA ayant grevé ses dépenses d'investissement dès lors qu'elle ne pratique pas un prix suffisant au niveau de sa redevance d'occupation.

L'administration fiscale française ne prend absolument pas en compte la nature particulière des contrats de concession de centre aquatique et continue d'alimenter un flou juridique et fiscal déterminant.

§ 2 – Un montage contractuel perdant en lisibilité

La concession de service public portant sur un centre aquatique ne semble pas procurer les avantages découlant normalement de la concession. Ainsi, face à un service public ne pouvant se plier aux exigences des contrats de concession (A), la réalité contractuelle peut porter à confusion (B).

A - Un modèle hybride

Historiquement, la délégation de service public a été développée dans un contexte de recentrage de l'action étatique sur les intérêts régaliens. En effet, avant cette période, la France vivait sous l'égide de l'Etat providence. S'il n'existe pas de définition unique de l'Etat providence, toutes se rejoignent autour d'une intervention de l'Etat pour prendre en charge des risques individuels (protection sociale) ou pour permettre l'accès à des activités d'intérêt commun (services publics). Cette conception est apparue en Europe dans la seconde moitié du XIXème siècle mais s'est véritablement installée en France après la Seconde Guerre Mondiale. L'Etat providence marque la fin du respect des principes financiers développés par les libéralistes à savoir notamment la limitation des dépenses publiques. L'Etat supporte les contreparties financières et organisationnelles des différents services publics qu'ils soient obligatoires ou non. La théorie du service public a donc non seulement servi de socle à partir duquel a été diffusée une nouvelle image de l'Etat, mais encore produit des effets de réalité, en entraînant l'inflexion concrète des fonctions étatiques.

Or, depuis la fin des années 70, l'Etat providence est en crise. Idéologiquement, sa légitimité est contestée par le renouveau du libéralisme économique. Financièrement, sa viabilité se heurte à l'accroissement plus rapide des dépenses que des recettes.

L'Etat n'a d'autre choix que de réduire son intervention sur le marché. Au niveau des services publics, cela a deux conséquences, l'apparition de la libéralisation des services publics et le déploiement d'une gestion déléguée contractualisée et réglementée de ces derniers.

La gestion déléguée doit permettre aux personnes morales de droit public de maintenir un contrôle sur l'activité de service public tout en limitant leur apport financier. En effet, le début des années 80 marque la fin des 30 glorieuses et le début du déclin budgétaire de l'Etat. Les collectivités se voient transférer de plus en plus de compétences sans pour autant obtenir la compensation financière adéquate.

La DSP est donc présentée comme un moyen de réduire les risques financiers liés à l'entretien et l'exploitation d'un service public puis plus tard au regard de la concession au sens du droit européen comme un mode de financement par lequel la Collectivité fait appel à des opérateurs privés pour financer et exploiter un équipement assurant le service public.

Le modèle concessif tel que connu aujourd'hui s'est vite répandu pour la gestion de certains services publics comme les transports publics mais n'a que très récemment percé pour la gestion des centres aquatiques. La principale cause étant la difficulté de qualifier le service public entourant le centre aquatique. En effet, comme rappelé précédemment, la qualification de SPA ou SPIC pour le centre aquatique n'est pas si aisée puisque le critère principal de distinction portant sur la nature de la rémunération n'est pas opérant.

Tous les centres aquatiques bénéficient d'un apport public certains qu'ils soient un SPA ou un SPIC. Aujourd'hui, la qualification privilégiée reste le SPIC surtout lorsque l'activité est exploitée en gestion déléguée. Pour autant, force est de constater que ni la qualification de SPIC ni la mise en place de la gestion déléguée n'ont modifié les équilibres financiers du service. La qualification de SPIC n'implique pas un tarif couvrant le coût du service rendu et l'institution de la gestion déléguée ne permet pas de faire peser sur le seul délégataire l'ensemble du risque portant sur la rémunération.

Le service public rattaché au centre aquatique n'est pas intrinsèquement un SPIC et n'est pas par sa nature forcément adaptée à une gestion déléguée devant faire cohabiter les exigences de service public et les exigences rémunératrices du délégataire. En d'autres termes, les personnes publiques ont imposé au modèle concessif les inconvénients tirés de la gestion de centre aquatique. La raison principale du recours à la gestion déléguée pour ce type de service ne repose pas sur le plan financier mais plus sur le plan de technicité et de l'incapacité pour ces collectivités de répondre d'elles-mêmes aux besoins nouveaux émanant des usagers.

Effectivement, durant mon stage j'ai pu à plusieurs reprises participer à des études comparatives des modes de gestion sur le plan financier. Ces différentes études démontrent que le gain pour la Collectivité en décidant de déléguer la gestion de son service est mince voir nul. Le graphique ci-dessus est tirée d'une étude de mode de gestion entre DSP et régie. Malgré, une étude démontrant un coût légèrement plus faible pour la Régie, le pouvoir adjudicateur dans cette espèce a fait le choix de la DSP. Plus de que coût financier, c'est surtout la visibilité financière qui peut être un critère de choix en l'espèce. En effet, une délégation de service public permet à la Collectivité de savoir précisément le montant qu'elle versera chaque année sur la durée du contrat (hors indexation) tandis que la gestion en régie pourra générer des dérives budgétaires importantes si le service n'est pas géré de manière dynamique et optimisée.

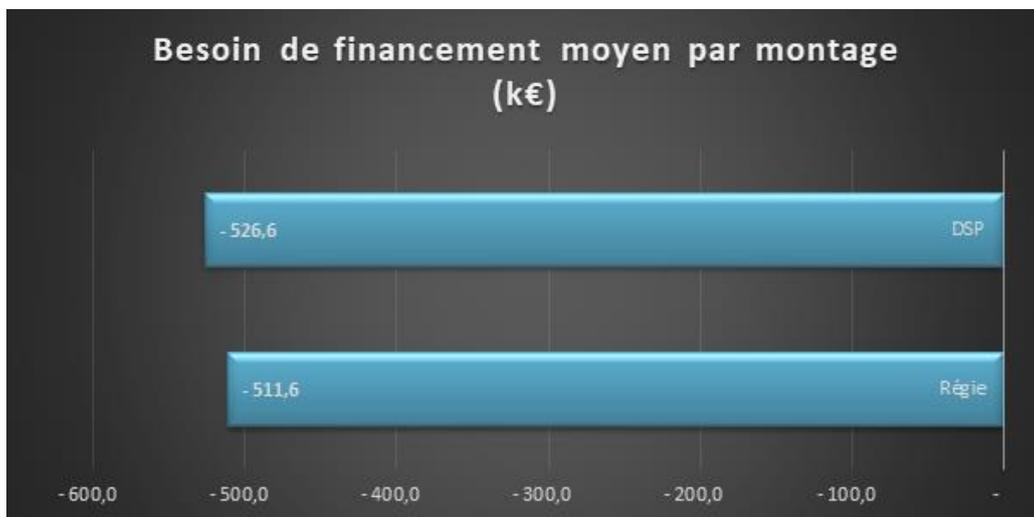


Tableau n°5, Comparaison des besoins de financement dans le cadre d'une étude sur les modes de gestion

Comme évoqué précédemment, la question de la compétence technique constitue ainsi un critère de choix déterminant pour les collectivités s'interrogeant sur le mode de gestion de leur équipement aquatique.

Pour autant, la gestion déléguée n'est pas la seule solution aux arguments portant sur la complexité d'exploiter soi-même le service ou sur la complexité de l'entretien de ce type d'équipement. Les collectivités pourraient porter leur choix sur les marchés publics de service mais la durée maximum d'un tel marché ne semble pas compatible avec la gestion de ce type d'équipement.

Dès lors, nous pouvons nous interroger sur ce qui explique la différence entre les modes de gestion dès lors que la DSP de centre aquatique ne permet ni la rémunération à titre principal du délégataire sur les tarifs pratiqués, ni une exposition risquée aux aléas du marché. De plus, avec le développement des contrats globaux la Collectivité pourrait relativement facilement attribuer à un même opérateur les missions de conception, réalisation et exploitation des centres aquatiques sans craindre la requalification.

B - Un rapprochement certain avec les marchés globaux

La concession existe depuis maintenant 3 ans, son caractère englobant pose des questions quant à sa spécificité vis à vis des marchés globaux notamment du marché de partenariat.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre le marché de partenariat comme une catégorie spécifique de marché public qui « *permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale* » sous maîtrise d'ouvrage privée. C'est donc une exception à la Loi MOP de 1985. Le marché de partenariat est soumis aux mêmes dispositions générales que les marchés publics classiques à l'exclusion de certaines règles. Ne s'appliquent ainsi pas aux marchés de partenariat les dispositions relatives à l'allotissement, à la durée du contrat, aux prix, à l'exécution financière du contrat.

Avant d'être un instrument de financement utile aux collectivités, le contrat de partenariat crée par l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 a d'abord été un nouvel outil de gestion de la commande publique qui devait permettre de répondre à des problématiques d'optimisation du service final rendu à la personne publique. Il avait pour objectif premier d'améliorer l'offre de service en France, le préfinancement privé devant permettre le lancement plus rapide de projets dans un contexte de raréfaction des deniers publics.

La mutualisation du financement, de la construction, de l'exploitation et de la maintenance devait permettre d'obtenir un coût inférieur au marché public classique avec des délais de réalisation bien plus avantageux tout en conservant pour la personne publique l'expertise de ses services externalisés. Le mode de financement durant la phase de construction est quasi similaire entre le marché de partenariat et la concession et aujourd'hui la rémunération pendant la période d'exploitation tend également à se confondre entre celle perçue par le titulaire et celle du concessionnaire.

En effet, l'unification de la DSP dans la catégorie plus large des contrats de concession a contribué à fragiliser la catégorie des contrats portant sur l'exploitation d'un service public. Le régime juridique des concessions navigue très clairement entre un maintien léger des spécificités et une harmonisation certaine avec le droit des marchés publics en général et de partenariat notamment au travers des modalités de passation, de financement et du partage du risque.

D'une part, depuis l'ordonnance de 2016, la détermination préalable de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire est imposée pour les concessions comme pour les marchés. Cet élément a été réaffirmé dans le Code de la Commande Publique.

D'autre part, la question de l'étendue du besoin n'est plus un frein pour l'un et l'autre des montages contractuels. En effet, le développement des marchés dit "globaux" tend à élargir les exceptions à l'allotissement des marchés publics. Le marché de partenariat, le marché public global de performance notamment ne sont pas soumis à cette règle. Le marché de partenariat est un contrat ayant pour objet de confier tout ou partie du financement, ainsi que la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement, la destruction d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ou à une mission d'intérêt général. Dans le cadre des missions complémentaires, le titulaire du contrat peut se voir confier tout ou seulement une partie de la mission de conception. L'un des principaux intérêts du marché de partenariat et des contrats globaux en général est d'associer la conception à la réalisation pour une meilleure efficacité du contrat. Le titulaire peut également se voir confier les missions d'aménagement, d'entretien, de maintenance ou encore d'exploitation de l'ouvrage.

Lors de la passation d'un contrat de concession de service public, les candidats se présentent en groupement. Ce dernier dispose le plus souvent d'un cabinet d'architecte, d'une société de construction et de maintenance et d'une société d'exploitation afin de recouvrir l'ensemble des missions sans passer par les sous-traitants.

Si le groupement est retenu à l'issue de la procédure de mise en concurrence, une société de projet pourra alors être créée. Ce type de structuration concerne à la fois les contrats de concession et les marchés de partenariat.

De plus, on peut estimer que le contrôle durant la phase d'exécution du marché de partenariat est analogue aux contrôles effectués par le délégant sur le délégataire dans un contrat de concession. Dans un marché de partenariat, l'exécution du contrat fait l'objet d'un contrôle renforcé en cohérence avec les volontés affichées de la réforme budgétaire entrée en vigueur en 2006. Chaque phase d'exécution des missions confiées est contrôlée en deux temps : après le commencement de la phase d'exécution et à la fin. Afin d'assurer le contrôle de l'exécution du marché de partenariat, aux articles R 2234-1 et suivants du Code de la Commande publique oblige le titulaire à produire un rapport annuel (comprenant notamment les données comptables, économiques et financières) qu'il adresse à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur, sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant exactement comme dans un contrat de concession.

Surtout, les modalités de financement entre le marché de partenariat et une concession portant sur la construction et l'exploitation du service public sont très semblables au point de se demander quelles sont leurs différences.

Dans le marché de partenariat, le titulaire est en effet rémunéré par l'acheteur, sous forme de « loyers », à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Le paiement est ainsi dit « différé » parce qu'il rémunère les prestations commandées par l'acheteur, à partir de l'achèvement des travaux. Ce loyer comporte 4 termes correspondants à 4 éléments à financer distincts (Charges de gestion, charges d'exploitations de maintenance et charges financières).

Le « loyer financier » correspond à l'apurement de la dette auprès du titulaire, il se compose du remboursement du principal de l'ensemble des financements destinés à couvrir le coût d'Investissement et les frais financiers.

Le « loyer GER » ou « loyer d'exploitation » correspond à la gestion (rémunération), de la prise en charge des coûts de GER des ouvrages et équipements à compter de la mise à disposition.

Le « loyer maintenance » correspond à la prise en charge forfaitaire des coûts d'entretien et maintenance courants.

Enfin, le « loyer gestion » correspond à la couverture forfaitaire des frais de gestion du titulaire.

Comme déjà indiqué, le marché de partenariat est très lourd financièrement et repose sur la société qui va s'endetter. La société n'ayant pas les fonds nécessaires pour avancer le prix du marché. Elle va donc faire appel à des fonds externes. Pour obtenir l'emprunt, la société va pouvoir céder au financeur les créances futures, c'est-à-dire les loyers dont elle dispose sur la personne publique.

Ce montage est le mécanisme de la cession Dailly. C'est exactement le même mécanisme qui est employé dans une concession.

La CFI (Contribution Forfaitaire d'Investissement) dans un contrat de concession est également due par la Collectivité dès l'achèvement de la phase de construction du centre aquatique et se compose elle, du remboursement du capital et des intérêts de la dette Dailly, du remboursement de la dette subordonnée et du capital social. Le loyer versé par la Collectivité est donc similaire à la CFI versée par la Collectivité dans un contrat de concession lors de la phase de construction, pour ce qui concerne le remboursement des investissements et des charges financières. Le titulaire obtient également dans un marché de partenariat souvent une subvention d'investissement comme cela l'est prévue dans les concessions.

Ainsi, les flux financiers à quelques éléments techniques près sont similaires durant la phase de construction entre la concession et le marché de partenariat. En général donc, la distinction entre ces deux modèles contractuels se fait durant la phase d'exploitation. Le marché de partenariat étant un marché public, le titulaire se rémunère par un prix directement payé par la Collectivité ce qui ne doit pas être le cas des concessions. Or, au regard de l'équilibre financier des concessions de centre aquatique, la part du prix payé par la Collectivité est souvent supérieure à la rémunération tirée des usagers du service. On pourrait presque assimiler les subventions pour contraintes de service public à la part des loyers de gestion dans un marché public. De fait, sur ce point également, les deux modèles tendent à se rapprocher dans le cas précis des centres aquatiques et accentue les difficultés de lisibilité du montage contractuel des centres aquatiques.

Reste que l'objet de ces deux contrats n'a pas exactement la même portée. En effet, le marché de partenariat peut depuis l'ordonnance de 2016 porter sur l'exploitation d'un service public comme les concessions. La différence étant que la gestion d'une mission de service public dans un marché de partenariat ne peut être qu'accessoire à la construction de l'équipement alors que pour la concession de service public, c'est l'objet principal du contrat à contrario ce serait une concession de travaux.

Ainsi, certaines communes ont pensé à mutualiser ces contrats ; un marché de partenariat pour le financement et l'exploitation de l'ouvrage et un contrat d'affermage pour l'exploitation du service public.

En vérité, ce montage contractuel est très complexe et peu lisible. Pour les équipements sportifs, il est quasiment impossible de faire subsister les deux contrats en même temps, la frontière entre exploitation technique de l'ouvrage et exploitation du service public est trop fine. Par exemple, sur l'un des projets sur lesquels le cabinet C5P a travaillé, le centre aquatique a été construit en contrat de partenariat, le contrat ayant été écrit au départ pour coexister avec une gestion en régie. Or, la collectivité a finalement décidé de recourir à un contrat de concession de services pour l'exploitation. Dès lors, des problèmes d'interface contractuelle se posent. Par exemple, le traitement de l'eau fait partie des missions intégrantes du service public lui-même, inclus dans le contrat de DSP. Dans le même temps, l'entretien de la plage artificielle fait partie des obligations du marché de partenariat. Or, ces deux éléments interdépendants ne devraient pas être gérés séparément dans une logique de gestion performante.

En définitive, de façon générale, les règles de passation entre marchés globaux et concessions tendent à se rapprocher et le plan de financement entre un marché de partenariat et une concession est quasi similaire mais dans le cadre de l'exploitation d'un centre aquatique, on peut également rapprocher le mode de rémunération durant la phase d'exploitation et de la question du partage du risque.

Effectivement, le principal risque pour le titulaire du marché de partenariat est relatif aux délais en phase de construction. Celui-ci ne bénéficiera des loyers versés par la personne publique ou de la redevance payée par l'utilisateur qu'à partir de la mise à disposition de l'ouvrage. En cas de retard de livraison, le partenaire privé prend le risque de supporter des frais financiers supplémentaires (décalage des recettes, des loyers et frais d'intérêts différés). La personne publique supporte les risques liés aux recettes puisque c'est elle qui les perçoit.

Or est-ce vraiment différent du "risque" supporté par le délégataire d'un centre aquatique ? De la même manière en phase de construction, il est tributaire des retards et des coûts supplémentaires puisque la CFI n'évoluera pas. Puis durant la phase d'exploitation il est censé supporter tout risque liée à l'exploitation, fréquentation, charges etc... La Collectivité n'est censée supporter aucun risque mais en vérité elle supporte un risque financier puisqu'elle reverse des sommes très importantes au délégataire qui viennent elles-mêmes réduire de façon significative le risque d'exploitation.

La véritable nature contractuelle de la concession de service public pose question. Le modèle concessif d'aujourd'hui est modulé par les différents acteurs pour s'appliquer au mieux au contrat portant sur les concessions de centre aquatique. De prime abord, de nombreuses contraintes inhérentes au modèle concessif semble incompatibles avec l'exploitation du service. Pour autant, le risque de requalification peut très nettement être réduit par différents mécanismes.

Section 2 – Un modèle concessif perfectible

Face à une offre de centre aquatique se dé multipliant et se complexifiant, les collectivités n'ont d'autres choix que de sérieusement améliorer leurs expertises lors des phases de passation puis d'exploitation de ces contrats de concession. En effet, les raisons du caractère problématique de la DSP de centre aquatique et de ces risques de requalification tournent généralement autour d'une mauvaise maîtrise de la procédure et de contrats défaillants. Il est nécessaire d'une part de responsabiliser et de renforcer l'implication des pouvoirs adjudicateurs (§1) et d'autre part de se questionner sur l'avenir de la gestion de service public industriel et commercial (§2).

§ 1 – Le renforcement de l'implication des pouvoirs adjudicateurs dans la mise œuvre de la concession

La concession ne doit pas être écartée des modes de gestion pouvant être sollicités lors d'un projet de centre aquatique mais ce montage contractuel implique nécessairement l'étude de la faisabilité financière et juridique en amont de tout lancement de procédure (A) et le développement d'une expertise et de l'implication des pouvoirs adjudicateurs (B).

A - Le développement nécessaire du recours aux AMO

Mon stage au sein du cabinet C5P m'a permis de prendre conscience de l'importance pour les Collectivités d'avoir recours à une Assistance à Maîtrise d'Ouvrage (AMO) dans le domaine juridique, technique et financier. La nécessité de la présence d'AMO ne s'explique pas uniquement par l'expertise qu'ils ont accumulée et mettent au service du donneur d'ordres pour maîtriser la procédure, ses risques et ses enjeux : leur rôle est également de rassurer le secteur de l'offre en rendant plus précises les demandes effectuées par les personnes publiques. La présence de l'AMO permet d'élever la compétence économique et juridique de la personne publique.

Non obligatoire, la nécessité, pour la personne publique envisageant de recourir à un contrat de type PPP, d'être assistée par des experts extérieurs est proclamée aussi souvent que possible par les acteurs³⁸ liés au développement de ce mode de commande publique afin de réunir les compétences multiples à un haut degré d'expertise requises pour les phases cruciales que sont l'évaluation préalable, l'attribution des contrats, et la contractualisation proprement dite.

³⁸ Notamment par Fin infra et la Caisse des dépôts et des consignations

L'assistance à maîtrise d'ouvrage est une activité difficile à cerner ; elle ne fait l'objet d'aucune définition légale. La loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP) codifiée aujourd'hui ne définit pas de manière explicite les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

Le législateur évoque seulement la possibilité pour le décideur, désigné dans le cas des ouvrages de bâtiments et d'infrastructures de « maître d'ouvrage »³⁹, de s'entourer de compétences publiques ou privées pour élaborer son programme ou estimer l'enveloppe financière prévisionnelle de son opération. La décision de faire appel à une prestation d'assistance à la maîtrise d'ouvrage est le plus souvent motivée par l'absence ou le besoin de renforcer les compétences dans un domaine particulier au sein de la maîtrise d'ouvrage.

En effet, l'AMO dispose de la compétence juridico-financière de traduction des besoins en documents de consultation et d'analyse des offres, et de la compétence « économique » de la réalité du marché, forgées par l'accumulation d'expériences. Cette compétence ne peut se trouver chez une Collectivité dont les équipes au contraire des marchés publics standards ne verront que rarement plusieurs contrats de PPP concernant le même type d'équipement au cours de leur carrière.

La nature même de la mission confiée au prestataire peut également conduire la collectivité de recourir à une AMO, notamment lorsque la mission doit commencer par accompagner la personne publique dans la réalisation de l'étude de faisabilité et de mode de gestion.

L'intérêt de l'appui par un AMO est également pour le DGS ou le responsable du projet de s'assurer qu'au moins un acteur à ses côtés dispose, au quotidien, d'une vision panoramique et extérieure sur les enjeux et questionnements pouvant s'élever durant la passation.

Ce que j'ai pu apprendre durant mon stage, c'est que l'AMO permet de créer la concurrence entre les candidats entre l'offre initiale et l'offre finale lorsqu'elle est en appui durant la phase de passation. En effet, si l'on reprend l'exemple des concessions de centre aquatique le marché concurrentiel étant très faible, à peine sept acteurs en ce qui concerne l'exploitation de centre aquatique, les offres sont généralement proches tant sur la qualité que sur la somme que devra verser la collectivité. On ne peut véritablement parler de prix puisque les candidats n'ont pas véritablement la possibilité de moduler la grille tarifaire.

³⁹ En effet, l'article L2422-1 du Code de la Commande publique dispose que « Le maître d'ouvrage peut, dans les conditions fixées par le présent chapitre, recourir à des tiers selon les modalités suivantes :

- 1° L'assistance à maîtrise d'ouvrage ;
- 2° La conduite d'opération ;
- 3° Le mandat de maîtrise d'ouvrage ;
- 4° Le transfert de maîtrise d'ouvrage

Ainsi, l'ensemble des éléments fournis par les candidats sont exploités pour obtenir d'eux le meilleur, tant sur le contenu technique que sur le "prix". Dans le cadre de ce type de contrat, les pistes « d'optimisations » portent souvent sur des frais indirects comme les frais de siège de la société, le taux d'intérêt que s'octroie la société mère au remboursement de la dette subordonnée, la rémunération que peut espérer la personne publique dès que le chiffre d'affaire prévisionnel est dépassé...

La période de négociation est donc primordiale lors de la passation de concession de centre aquatique. Or, en l'absence d'AMO, elle est peu soutenue par les collectivités faute de préparation adéquate. Cependant, il existe de réelles zones grises de négociations qui permettent de limiter le risque de requalification.

Sur le plan strictement juridique, le projet de contrat durant la phase de négociation est sujet à de nombreux échanges. Ces échanges influent sur le classement des candidats puisque de façon récurrente il existe un sous critère relatif à la sécurité juridique des engagements contractuels. Les articles relatifs à l'actionnement des clauses de rendez-vous ou de réexamen sont en outre essentiels. En effet, comme nous avons pu l'expliquer plus tôt dans notre raisonnement, elles ne doivent pas pouvoir être actionnées à tout moment par le délégataire faute de rendre nul le risque d'exploitation supporté par le délégataire.

Afin de limiter le risque de requalification, les collectivités doivent être très vigilantes sur l'écriture de ces clauses. Leur vigilance doit également se porter sur les articles relatifs aux pénalités, les collectivités doivent mener des négociations permettant de trouver un équilibre entre une pénalité modique et une pénalité trop élevée.

Surtout, un point stratégique ne peut plus être minimisé par les Collectivités, il s'agit de la structuration des différentes subventions. La structuration des compensations doit être claire, précise et proportionnelle afin de n'être qualifiée ni d'aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur ni de prix payé par la Collectivité.

Les collectivités doivent d'elles-mêmes identifier les contraintes de service public liées à l'exploitation d'un centre aquatique afin de distinguer les différents montants de compensations éligibles pour le délégataire. Les frais liés à la l'amplitude des plages horaires doivent être isolées des frais liés à l'insuffisance de tarif ou ceux relatifs à l'accueil des scolaires par exemple. De fait, il est conseillé de distinguer au moins deux sortes de compensations, les compensations pour contraintes de service public et les compensations pour contraintes institutionnelles.

Également, à terme, pour les communes souhaitant maintenir leur compétence quant à la gestion de tel équipement sportif, il est nécessaire pour la Collectivité de créer une réelle politique tarifaire afin de réduire la compensation pour contraintes de service public.

Pour ce faire, elle doit pouvoir connaître le rayonnement d'attractivité de son équipement, en d'autres termes, savoir d'où proviennent les futurs usagers du service. Une telle réflexion en amont permet à la collectivité de proposer des tarifs différenciés entre les usagers contribuables et les usagers extérieurs. La fixation d'un prix plus élevé pour ces derniers permet de limiter l'impact déficitaire sur les impôts locaux.

De façon globale, la seule Collectivité n'a pas l'expertise nécessaire pour mener à un bien des projets portant sur la mise en place d'une concession portant sur la construction de centre aquatique compte tenu des enjeux juridiques et financiers. La prise de conscience est réelle. Le retour d'expériences depuis quelques années et le recours aux AMO peuvent permettre de limiter les risques de requalification.

B - Le renforcement de l'implication des pouvoirs adjudicateurs en mettant à profit les outils à leur disposition

La Cour des comptes dans son rapport de 2018 a pointé du doigt plusieurs défaillances dans l'utilisation des outils, moyens mis à la disposition des personnes publiques dans la gestion et le contrôle de leur équipement aquatique. Tout d'abord, elle déplore un défaut de coordination entre les collectivités pour la prise en charge des dépenses liées à l'accueil des scolaires. En effet, l'équipement peut recevoir des élèves de la primaire au lycée. Ainsi, ces dépenses devraient être scindées entre la commune ou l'EPCI, le Département et la Région. Or, dans les faits ce n'est absolument pas mis en œuvre alors même que des dispositions légales le prévoit. L'article L 1311-15 du CGCT dispose notamment que *“L'utilisation d'équipements collectifs par une collectivité territoriale, un établissement public de coopération intercommunale ou un syndicat mixte fait l'objet d'une participation financière au bénéfice de la collectivité territoriale, de l'établissement public de coopération intercommunale ou du syndicat mixte propriétaire de ces équipements.”* (...) *“Le montant de la participation financière est calculé par référence aux frais de fonctionnement des équipements”*

En vérité bon nombre de collectivités mettent à disposition leur centre aquatique pour l'accueil des collégiens et de lycéens sans convention. La Collectivité supporte souvent seule ces charges qui se reflètent au niveau du montant de la subvention pour contraintes institutionnelles. Il est à noter que le même problème subsiste concernant la mise à disposition des équipements pour les associations. La Collectivité territoriale fait souvent le choix de favoriser une politique associative pérenne et ne fait que très rarement payer les clubs.

La Cour des Comptes continue en ajoutant que même si certaines collectivités mettent en place ces conventions, le montant demandé ne reflète pas la réalité des charges que cela génère (personnels réquisitionnés, lignes d'eau réservées etc...)

Dans un climat de contrainte budgétaire⁴⁰, les collectivités devraient mettre à profit les dispositions légales qui leur sont proposées de manière à limiter l'impact de la gestion du centre aquatique sur leurs charges de fonctionnement. Le risque de requalification peut également se présenter dès lors qu'il y a une défaillance des personnes publiques dans le suivi et le contrôle du contrat concessif. En effet, en plus de perdre de l'argent, sans un suivi rigoureux, les équilibres financiers déjà fragiles de la concession de centre aquatique peuvent rapidement tourner à l'avantage du délégataire.

En droit, le contrôle des obligations contractuelles du délégataires existe depuis plus de 20 ans. Le travail législatif et réglementaire sur ces contrôles a débuté avec la loi MAZEAUD du 8 février 1995. Cette disposition a introduit l'obligation, pour le délégataire, de fournir chaque année à l'autorité délégante l'ensemble des données relatives à l'exécution du contrat de DSP. Les objectifs poursuivis à l'origine par le texte de la loi Mazeaud étaient la mise en place d'une transparence s'agissant des comptes du contrat de DSP et des tarifs facturés aux usagers, la mise en place d'un contrôle contractuel effectif sur le cocontractant afin de s'assurer que les réalisations sont conformes aux données prévisionnelles négociées et enfin la nécessité de veiller au respect des grands principes du service public, en particulier celui relatif à la continuité de l'activité.

La Collectivité dispose donc d'outils pour contrôler l'action du délégataire mais des lacunes dans les contrôles effectués sont sans cesse mis en lumière par les juridictions financières. En effet, après avoir pris connaissance des informations transmises par le délégataire de service public, la collectivité peut intervenir lorsque des défaillances qualitatives ou quantitatives imputables à la gestion du délégataire ont été relevé. Encore faut-il pouvoir les relever. Comme durant la phase de la passation du contrat, les membres de collectivités ne sont souvent pas à même de contrôler de tels rapports d'une part du fait du manque de transparence des informations fournies par le délégataire et d'autre part du fait de l'absence de paramètres financiers négociés et précis en amont. Ce contrôle revient notamment à la Commission consultative des services publics locaux.⁴¹

Ces rapports sont de fait, soit survolés comme l'a soulevé la Cour des Compte par la commission soit accaparés par un cabinet extérieur.

⁴⁰ Ici il est fait référence à la loi de programmation des finances publiques pour 2018-2022 mettant en place le pacte financier Etat-Collectivités afin notamment qu'elles contiennent leurs dépenses de fonctionnement.

⁴¹ D'après l'article L 1413-1 du CGCT « Les régions, la collectivité de Corse, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants créent une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics qu'ils confient à un tiers par convention de délégation de service public ou qu'ils exploitent en régie dotée de l'autonomie financière. (...) La commission examine chaque année sur le rapport de son président :
(...) 1° Le rapport, mentionné à l'article L. 1411-3, établi par le délégataire de service public ; »

Dans le premier cas, la pratique démontre que les conclusions sont dépourvues de données économiques chiffrées, de l'absence d'étude de ratios pertinents faute d'avoir définis des objectifs précis tant qualitatifs que quantitatifs. Dans l'autre cas les collectivités sont liées à la note fournie par le cabinet de conseil.

Le contrôle du rapport dans toute concession ne peut plus être minimaliste. Le pouvoir général de contrôle de la personne publique cocontractante constitue l'une des prérogatives de puissance publique caractérisant les contrats administratifs. La Collectivité doit avant tout vérifier que l'ensemble des documents et renseignements ont été fournis. L'examen par la Cour des Comptes de certains comptes rendus d'activité a pu démontrer que certains éléments prévus par le contrat dans le compte rendu financier faisaient de façon récurrente défaut comme les modalités d'imputation des frais de siège, les éléments permettant d'apprécier l'équilibre financier du service ou encore les détails des produits du service revenant au concessionnaire et des compensations versées par la commune.

Dans la poursuite des missions d'assistance à la passation de contrats de concession, le cabinet C5P assiste régulièrement les collectivités dans le contrôle des données économiques et financières de la première année d'exploitation. Ce contrôle permet un rapprochement avec les éléments contractuels. Il peut par exemple être demandé au délégataire de justifier pourquoi certains investissements (matériel ou mobilier notamment) n'ont pas été réalisés alors qu'ils étaient prévus, et que des charges afférentes (dotations aux amortissements et frais financiers) étaient intégrées dans le compte d'exploitation prévisionnel contractualisé (avec nécessairement un impact sur la compensation pour contraintes de service, selon les modalités de calcul décrites précédemment). Par ailleurs, un rapprochement avec les liasses fiscales et comptables du délégataire peut être rapproché, la création de sociétés dédiées permettant une plus grande transparence sur ce point. Ce rapprochement permet notamment de vérifier la qualité des informations transmises dans le rapport annuel.

Aujourd'hui, ce contrôle peut être facilité en fixant en amont des indicateurs précis et parlant pour les personnes publiques. S'agissant des éléments de suivi, le délégant a la possibilité de mettre en œuvre un tableau de bord des principaux indicateurs de fonctionnement du service (respect de la politique qualité, efficacité des processus, indicateurs de satisfaction du service, de l'hygiène et de la propreté, de la prestation technique et de la sécurité.)

Concernant le contrôle à proprement parler, la collectivité ne doit pas se contenter de reproduire au sein de la Convention les obligations légales inscrites au CGCT.

Évoluer dans un cabinet doté de la vision financière et juridique m'a permis de me rendre compte de leur indispensable complémentarité dans l'écriture de projets de contrat et notamment au moment de l'écriture des articles relatifs aux rapports du délégataire.

L'expertise financière permet d'inscrire précisément les livrables attendus et sous quelles formes. Il est important que la Collectivité cible les points susceptibles en fonction de l'exploitation réalisée par le délégant de détourner la qualification originelle du contrat.

Dans l'un des projets de contrat sur lequel j'ai pu travailler, il a par exemple expressément été indiqué que le délégataire devait commenter l'évolution des recettes sous forme de ratio pertinents déterminés en amont par la collectivité. S'agissant de l'évolution des dépenses, il a été demandé au délégataire d'analyser les charges directes annuelles d'exploitation de façon à permettre au Délégrant d'apprécier le seuil de rentabilité de chaque activité objet de la délégation de service public. Par ailleurs, le Délégrant devra fournir une analyse des charges indirectes imputées à la piscine. Il s'agit des frais de siège (ressources humaines etc..) mais également de détailler et commenter les charges d'investissement et de renouvellement.

Le contrôle de la collectivité doit se matérialiser par la rédaction d'un rapport de contrôle ; ce rapport pourra être mis à disposition de l'assemblée délibérante et des usagers⁴² afin de donner plus de transparence à la procédure de délégation de service public.

Dès lors, le renforcement de l'implication des personnes publiques de façon directe ou de façon indirecte par l'intervention d'AMO serait gage d'un meilleur fonctionnement des contrats concessifs pouvant être interprétés comme l'atteinte du meilleur prix pour des solutions techniques, juridiques et financières elles-mêmes poussées à l'optimisation. En ce sens, c'est un peu l'application du vaste mouvement de New Public Management, dont l'un des traits est justement de viser à la mise en place de telles performances dans la gestion publique.

La meilleure prise en compte des besoins en amont, le renforcement de l'implication durant le contrat et un contrôle effectif du délégataire permettent de réduire le risque de requalification et de maintenir le transfert du risque d'exploitation sur le délégataire. La réflexion sur un modèle contractuel plus opportun ne doit pas pour autant être mise de côté.

⁴² La CADA a dans de nombreuses décisions reconnu que le rapport annuel du délégataire remis à l'autorité délégante en vertu de l'article L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales, dont celle-ci prend acte et qui est joint au compte administratif en vertu de l'article R. 1411-8 du même code, est communicable à toute personne en faisant la demande dès qu'il a été adopté, sous les réserves prévues à l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, qui recouvrent notamment le secret industriel et commercial. La communication du rapport de contrôle est également communicable.

§ 2 - *Quelle dimension contractuelle, pour la gestion publique de secteurs industriels et commerciaux ?*

L'expansion du service public de l'apprentissage et du perfectionnement de la natation s'est accompagnée d'une transformation profonde de son mode de gestion : la formule traditionnelle de la régie directe a été relayée par la création d'établissements publics spécialisés et dotés de la personnalité juridique ou encore par la concession. Pour autant, la régie intéressée d'une part (A) et le marché public global de performance d'autre part (B) ne pourrait-il pas être des alternatives au modèle concessif ?

A – La régie intéressée

La concession de service public, de l'aveu du professeur Llorens,⁴³ n'est plus qu'un contrat de service public parmi d'autres puisqu'il existe dorénavant des concessions dont les frais d'investissements des ouvrages sont pris en charge par les concédants ou bien des concessions de service public pour lesquelles des concessionnaires ne sont pas tenus de percevoir des redevances sur les usagers du service.

Au regard, des développements précédents, il apparaît que les Collectivités font en majorité le choix de la concession pour des raisons de technicité et moins qu'auparavant pour limiter les coûts d'un centre aquatique tant les subventions prennent une place importante.

La question du modèle contractuel particulier des services publics industriels et commerciaux s'est déjà posé pour le service public du transport. En pratique, les contrats de transports publics urbains sont plus proches des contrats de gérance et de régie intéressée que des contrats de concession ou d'affermage. Les recettes tarifaires en provenance des usagers couvrent en général à peine 30% du coût d'exploitation. Pour autant, le modèle concessif représente 85% des réseaux de transport public⁴⁴.

La jurisprudence⁴⁵ a pu qualifier de marché public, un contrat de transport scolaire où la Collectivité assurait 71% du prix forfaitaire global du service.

Ainsi, bien qu'une réponse ministérielle du 7 janvier 2014 précise *“qu'aucun texte ne fixe de limite chiffrée au-delà de laquelle l'importance de la participation financière du concédant au regard du montant des investissements réalisés par le concessionnaire remettrait en cause la qualification de concession”*, il semble tout de même que la barre des 30% soit ancrée dans l'appréciation des juges comme indice du transfert ou non du risque d'exploitation.

⁴³ François LLORENS, Professeur à l'Université Robert Schuman, avocat au barreau de Strasbourg dans son étude sur la typologie des contrats de la commande publique

⁴⁴ Information tirée du site internet Union des Transport Public et ferroviaire

⁴⁵ Tribunal Administratif de Fort de France du 19 mai 2011 n°0901388

Elle suppose en effet que le transport soit emprunté par des passagers assez nombreux et solvables pour que leurs redevances couvrent les charges d'exploitation. Or, ce n'est le cas, ni des dessertes scolaires, ni des dessertes urbaines qui sont délibérément sous-tarifées afin de supplanter la voiture. Les milliards de déficit du concessionnaire d'Orlyval repris par la RATP en furent la parfaite illustration en 1992.

Ainsi, dans l'immense majorité des cas, l'exploitation de la desserte est confiée à un entrepreneur qui supporte toutes les charges moyennant une rémunération périodique assurée par l'autorité organisatrice, les redevances dues par les usagers n'étant qu'un appoint. Selon D. BROUSSE, de tels modes de rémunération poussent à classer les contrats dans les marchés publics. Cependant, s'ils laissent suffisamment de risque pour que le juge les range dans les délégations, ils peuvent en revêtir la forme. Ce type de rémunération est en effet compatible avec la régie intéressée. En d'autres termes, on admet que la Collectivité rende nul le risque sur les recettes (risque commerciale) mais l'on maintient le risque sur les coûts (risque industriel).

Pour autant, bien que les contraintes de financement soient proches entre le service public de transport et celui des centres aquatiques, ce mode de gestion est peu plébiscité par les personnes publiques.

Cependant, dans le cadre des centres aquatiques, ce mode de gestion paraît tout à fait cohérent. Bien que dénommée « régie », ce mode d'exploitation consiste à confier à un partenaire privé l'exploitation et l'entretien qui assume la gestion pour le compte de la personne publique. Ce modèle ne dispose d'aucune définition juridique et relève davantage de l'usage.

Dans ce cas de figure la rémunération du partenaire n'est pas assurée par le paiement des usagers mais par une prime fixée en fonction du chiffre d'affaires, une prime de productivité et une part des bénéfices le cas échéant. Ce mode de rémunération permet de ne plus se poser la question de la nature de la rémunération du délégataire (régisseur). Celle-ci dépend toujours de l'exploitation mais ne doit plus directement provenir des usagers.

Le délégataire prendrait à sa charge le risque des coûts. L'autorité délégante, elle, supporterait l'aléa commercial et verserait à l'entreprise une rémunération forfaitaire basée sur les coûts prévisionnels arrêtés en début de contrat, assortie d'une rémunération variable indexée sur les recettes commerciales.

Tout l'intérêt de ce contrat est donc de fixer le forfait à un niveau incitant l'entreprise à réaliser des gains de productivité et à ne pas intégrer de marges surévaluées.

L'intervention d'un partenaire privé impose une procédure de publicité et de mise en concurrence. La procédure de passation va dépendre de l'économie générale de la rémunération du régisseur intéressé et de son mode d'intéressement à l'activité.

Si le régisseur perçoit une part substantielle tirée du pourcentage des recettes et qu'il prend à sa charge une part du risque d'exploitation, la procédure à suivre sera celle de la concession. Si le régisseur n'est pas substantiellement rémunéré à proportion du chiffre d'affaire ou s'il l'est mais sans aucun risque d'exploitation, la procédure à suivre sera celle des marchés publics.

De fait, la régie intéressée peut basculer d'un montage contractuel à l'autre, ce mode contractuel permet de régler la question de la rémunération procurée par la Collectivité mais ne règle pas forcément le problème lié au transfert du risque. En effet, la personne publique devra savoir à l'avance la proportion de la part variable qu'elle souhaite soumettre au régisseur.

De plus, ce montage contractuel ne peut également s'appliquer au contrat portant sur la construction et l'exploitation étant donné que la régie intéressée ne porte pas sur la construction.

B – Le marché public global de performance

Dans un contexte de renchérissement des financements privés et de rationalisation des partenariats public-privé, les marchés publics globaux de performance revêtent un fort intérêt pour les collectivités publiques. Cette famille de marchés publics globaux, qui déroge au principe de l'allotissement, associe exploitation ou maintenance à des prestations de réalisation voire de conception, dans le but de satisfaire des objectifs de performance chiffrés et mesurables.

C'est la réforme des marchés publics de juillet 2015 qui a offert à ces contrats une seconde vie. Avant 2015 en effet, ces contrats globaux étaient critiqués et peu plébiscités à cause de leurs conditions restrictives et leurs risques contentieux. Les contrats globaux ont vu leur régime juridique assoupli. Les enjeux figuraient d'ailleurs de façon explicite dans la fiche d'impact relative à ce qui était alors le projet d'ordonnance. L'objectif était donc, d'améliorer le régime des contrats globaux afin de les rendre plus attractifs pour les personnes publiques, notamment ils ont pour objectif de suppléer le recours au marché de partenariat pour les projets de faible montant. Avant, 2015 il était quasiment impossible d'avoir recours à ce type de contrat tant les complexités techniques demandées étaient particulières.

Cependant, le recours à ce type de marché est strictement encadré. En effet, les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 (loi « MOP ») peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, si deux conditions sont alternativement remplies. D'une part, il faut des motifs d'ordre technique et d'autre part, un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

S'agissant des motifs d'ordre technique, la multiplicité des activités devant être présents dans un projet de centre aquatique permettent de recourir à ce modèle contractuel. Il est également possible et même indispensable de contractualiser des engagements forts sur le plan de l'amélioration de l'efficacité énergétique. Que ce soit à Paris ou Marseille plusieurs projets de centre aquatique ont été contractualisé sous cette forme. ⁴⁶En effet, le centre aquatique de Venelles, commune membre de la métropole d'Aix-Marseille a notamment contractuellement garanti des objectifs en termes de fluides et de qualités interne du bâtiment. Il s'agit de limiter l'acoustique, de répondre au-delà des seuils de qualité d'air et de limiter la consommation d'eau. A Paris, le marché public global de performance a été choisi pour deux projets de piscines.

La municipalité a expliqué son choix au travers de deux raisons techniques, la première vise l'atteinte de performances énergétiques, la seconde tient au fait qu'elle utilisait en majorité le modèle de la construction en loi MOP et de l'exploitation en régie et a vu une certaine plus valu d'associer l'exploitant dès la conception dans ce schéma.

Ce type de contrat peut être intéressant pour les collectivités qui souhaitent trouver une alternative à la concession. En intégrant dans un même contrat la conception, la construction l'exploitation, la maintenance, l'objet du contrat peut porter sur les mêmes réalisations que la concession.

Dans les faits, le candidat s'engage donc sur un certain nombre d'indicateurs de performance (niveaux d'activité, qualité de service ou encore engagements sur l'efficacité énergétique). Le groupement qui répond au marché s'engage, lui, sur des consommations. S'il n'atteint pas ses engagements, des dispositifs de pénalisation se mettent alors en place, selon des grilles préétablies par les acteurs du contrat.

En revanche, si le groupement va au-delà de ses préconisations, il bénéficie de mécanismes d'intérêt avec un partage également négocié au préalable.

⁴⁶ Sources provenant du site internet « Acteurs du sport »

Cependant, contrairement à la concession et conformément à la définition des marchés publics la rémunération n'est pas fonction de l'exploitation mais est bien un prix payé en fonction de l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées dans le marché pour toute sa durée pour l'exploitation et la maintenance.

S'agissant de la rémunération de la construction, elle doit intervenir à la livraison des ouvrages. Ces contrats n'échappent effectivement pas au principe d'interdiction du paiement différé.

Surtout, le risque lié à la maîtrise d'ouvrage reste sur les épaules de la personne publique tout comme le risque d'exploitation même si un autre mécanisme permet d'une certaine manière de partager les risques d'exploitation. En effet, en liant la rémunération de l'exploiteur, mainteneur à l'atteinte des objectifs fixés, le risque commercial est partagé.

La question de l'exploitation du service public au travers de ce montage questionne également, le marché global de performance permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations de travaux, de fournitures ou de service, il n'est jamais question de service public bien que certaines Collectivités semblent l'avoir admis.

Sans avoir réalisée une analyse exhaustive des différents modèles contractuelles, la gestion déléguée au travers du contrat de centre aquatique semble être le montage contractuel le plus adapté pour répondre à l'ensemble des problématiques des Collectivités dès lors qu'elles ne souhaitent pas supporter le risque de la maîtrise d'ouvrage et bien que le critère d'identification de la concession portant sur le transfert du risque ne soit pas adapté au regard des spécificité du service public et cours un risque de requalification. Ce dernier peut néanmoins être limité par une détermination précise des besoins en amont et par une expertise juridique, techniques et financières extérieures.

Table des matières

Présentation de la structure d'accueil	2
Remerciements	3
Sommaire	4
Introduction	5
Chapitre 1 – Les centres aquatiques : des services dont la nature structurellement déficitaire réduit le transfert du risque au concessionnaire	9
Section 1– Une rémunération substantiellement assurée par le Pouvoir Adjudicateur en raison du caractère déficitaire des équipements	9
§ 1 – Une participation financière justifiée par les contraintes de Services Publics imposées	10
§ 2 – Une participation généralisée pour assurer l'équilibre économique du contrat.....	16
Section 2 – Un transfert de risque substantiellement réduit	24
§ 1 – Un risque minimisé.....	24
§ 2 – Un risque réel de requalification.....	31
Chapitre 2 – Les concessions de centres aquatiques : un montage contractuel exigeant à réinventer	39
Section 1 – Les obstacles remettant en cause le modèle concessif pour les centres aquatiques 39	
§ 1 - Un modèle économique difficilement évolutif en raison de limites culturelles, techniques et politiques	39
§ 2 – Un montage contractuel perdant en lisibilité.....	44
Section 2 – Un modèle concessif perfectible	52
§ 1 –Le renforcement de l'implication des pouvoirs adjudicateurs dans la mise œuvre de la concession.....	52
§ 2 - Quelle dimension contractuelle, pour la gestion publique de secteurs industriels et commerciaux ?	59
Table des matières	64
Bibliographie	65
Annexes	67

Bibliographie

Codes

Code de la Commande Publique

Code des transports

Code Général des collectivités territoriales

Manuels / Ouvrages généraux

Chevallier Jacques. *Le service public*. Collection, [que sais -je ?] Cairn.info

Boizard Martine et Raimbourg Philippe. *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, 3^{ème} édition [Dalloz]

Braconnier Stéphane. *Précis du droit de la Commande Publique*, 5^{ème} édition [Le moniteur]

Brisson Jean François. *Les contrats publics*, Cours Magistral du Master 1 Action Publique, 2017-2018

Ouvrages spécialisés

Le journal du CPPP. *Spécial centre aquatique*, n°28 de juin 2019

Rapports

Rapport Public de la Cour des Comptes. *Les piscines et centres aquatiques publics : un modèle obsolète*, Février 2018

Bulletin officiel des Finances publiques-Impôts, identifiant juridique : BOI-TVA-BASE-10-10-10-20121115. Publié le 15 novembre 2012

Réponse ministérielle, JO AN du 7 janvier 2014

Le courrier des Maires et des élus locaux. *50 questions : la tarification des services publics locaux* Décembre 2017-n°318

Articles de doctrine

Raymundie Olivier et Noël Matthieu. *De la piscine au centre aquatique : la gestion d'équipements sportifs et de loisirs*, **Contrats publics** – n°74 – février 2008

Claude Bernard et Soule Bastien. *La gestion déléguée d'un complexe aquatique de sport-loisirs : le service public à l'épreuve des stratégies particularistes*, **Gérer et comprendre**- n°87- mars 2007

Deffontaines Gery. *Les consultants dans les PPP : entre expertise au service du client public et intermédiation pour protéger le « marché »* **Revue Politiques et Management Public** p. 113 à 133, 2012

Braconnier Stéphane et Malinvraud Philippe. *Marchés publics de conception-réalisation*, Dossier 414.301, Dalloz

Courivaud Henri. *La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen*, **revue internationale de droit économique** 2004/4 pages.395 à 434 Cairn.info

Sites Internet

Une histoire de piscine, Aux contraintes d'une maigre subvention, beaucoup de municipalités préfèrent les risques du « grand bain ». http://referentiel.nouvelobs.com/archives_pdf. 28 février 1972

Par Picot David, *Le marché global de performance : un effet de mode ?* 10 décembre 2018 <https://www.acteursdusport.fr/article/le-marche-global-de-performance-un-effet-de-mode.12716>

Par Picot David, *Centres aquatiques, la délégation de service public va-t-elle s'imposer ?* 8 Octobre 2018 <https://www.acteursdusport.fr/article/centres-aquatiques-la-delegation-de-service-public-va-t-elle-s-imposer.12406>

Par Ayrault Simon, *Nécessité et limites du contrôle des délégataires*, **La Gazette**- 3 septembre 2012 https://www.seban-associes.avocat.fr/wp-content/uploads/2015/08/pub_controlledesdelegataires-simon.pdf

Page de présentation de l'agence Chabanne

https://www.agence-chabanne.fr/files/site/10995/11106/11589,DP_Piscine%20Venelles%20-%20March%C3%A9%20Couts%20globaux_Page-par-Page.pdf

Divers

Divers documents internes des sociétés Récréa et Equalia

Divers documents internes du cabinet C5P

Annexes

- Tableau n°1, Démonstration du calcul de la subvention pour contraintes institutionnelles (p.13)
- Tableau n°2, Extrait d'un compte de résultat analytique prévisionnel (p.18)
- Schéma expliquant le mécanisme de la dette Dailly (p.28)
- Tableau n°3, Détails du calcul de la compensation pour contrainte de service public (p.33)
- Tableau n°4, Exemple détaillé de déséquilibre des ressources (p.34)
- Tableau n°5, Comparaison des besoins de financement dans le cadre d'une étude sur les modes de gestion (p.45)