



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les modalités d'exploitation des services publics de transports urbains

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Les modalités d'exploitation des services publics de transports urbains », *Droit et ville*, n° 82, 2017, p. 85-105.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les modalités d'exploitation des services publics de transports urbains

L'exploitation des services publics de transports urbains¹ est une compétence reconnue aux collectivités depuis bien avant la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) du 30 décembre 1982². Il suffit pour s'en convaincre de se remémorer l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways³, relatif à la modification unilatérale des horaires des tramways, et celui du même Conseil d'État du 29 janvier 1932 Société des autobus antibois⁴ qui jugeait que le maire de Cannes pouvait organiser les implantations des arrêts de bus dans sa ville, pour autant que cela ne conduise pas à interdire généralement leur existence. La LOTI a cependant été une grande évolution par la création des autorités organisatrices de transports urbains (avant qu'elles deviennent « autorités organisatrices de la mobilité » en 2015⁵) en parallèle à la décentralisation ; et par son approche intermodale que le décret-loi du 14 novembre 1949 relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers avait initiée.

La LOTI a aussi été l'occasion de confirmations apparentes du droit antérieur. Ainsi en a-t-il été de la disposition posant le principe de la liberté de choix du mode de gestion des services de transports urbains, et cela à travers deux modèles. On trouve aujourd'hui cette alternative à l'article L. 1221-3 du Code des transports, qui reprend l'article 7-2 de la LOTI : « *l'exécution des services de transport public de personnes réguliers et à la demande est assurée [...] soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention avec l'autorité organisatrice* ». Le caractère classique de cette distinction duale est pourtant à relativiser en matière de transports urbains, des textes spéciaux étant venus leur donner un sens original qui dépasse la simple adaptation.

D'abord, un décret d'application de la LOTI du 16 août 1985 est venu préciser le sens à donner à « régie » en créant la notion de « régie de transport » que l'on retrouve aujourd'hui aux articles R. 1221-1 à 9 du Code des transports. Ces articles limitent en réalité ce mode de gestion à deux hypothèses : « soit des établissements publics à caractère industriel et commercial, soit des régies dotées de la seule autonomie financière ». La notion de « régie » ainsi posée est donc à deux égards partiellement originale. D'une part, elle interdit la régie simple par un texte spécial qui se distingue formellement des dispositions classiques du Code général des collectivités territoriales. En effet, les articles L. 2221-1 et -4 de ce dernier code prévoient déjà l'interdiction des régies « simples » (c'est-à-dire classiquement sans autonomie financière ni personnalité morale) pour la gestion des services publics industriels et commerciaux. En l'occurrence, le texte spécial relatif aux transports est antérieur, mais le Code des transports ayant maintenu ces dispositions alors qu'il pouvait les abroger montre que cette *lex specialis* continue à faussement déroger à la *lex generalis* du CGCT. On pourrait se demander si les services de transports méritaient une exception parce qu'ils ne sont pas tous des services publics industriels et commerciaux, mais l'article L. 1221-3 du Code des transports les qualifie tous de SPIC. D'autre part, on remarquera en matière de transport, comme dans le Code général des collectivités territoriales, l'originalité de la notion de régie. On peut le dire, une telle régie n'en est pas une, il s'agit en réalité d'un établissement public. En effet, la « régie directe » – gestion du service public par les moyens de la collectivité, éventuellement à l'aide de marchés publics – comme la « régie dotée de l'autonomie financière », sont toutes deux de la gestion directe par la personne morale qu'est la collectivité. En revanche, dès lors qu'il y a création d'une personne morale, alors elle se distingue de la collectivité et est en réalité un établissement public, nom générique des personnes publiques en dehors de collectivités territoriales et de l'État⁶. La « régie de transport » est donc tantôt exercée par l'autorité organisatrice de la mobilité, tantôt par une autre personne publique créée spécifiquement, mais que l'on appelle aussi régie. On le comprend,

l'article L. 1221-3 du Code des transports estassez mal rédigé puisque la régie qui correspond à la première hypothèse de l'article peut alors aussi être une « entreprise ayant passé une convention avec l'autorité organisatrice » de la seconde hypothèse si la compétence a été transférée par contrat et non par acte unilatéral⁷. Cette situation rare et complexe a fait l'objet d'une réponse ministérielle qui estime qu'une régie personnalisée ne peut répondre à un contrat de la commande publique, en se fondant sur l'article 5.2 du règlement européen 1370/2007, mais sans en épuiser les contradictions⁸.

Ensuite, la seconde spécificité des contrats de transports est la forme souvent originale qu'ils prennent en se présentant comme des contrats nommés spécifiques. La raison à cela est à trouver dans une loi du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local (dite TPIL), abrogée pourtant en 1985. Cet ancien texte et son décret d'application imposaient en effet le respect de quatre modèles de contrats aux dénominations originales⁹ : le contrat de gestion aux risques et périls, le contrat de gestion avec garantie de recettes, le contrat de gestion à prix forfaitaire et le contrat de gérance. Si ce droit n'est plus applicable, les modèles restent très largement appliqués par les collectivités et les classiques opérateurs privés de service public. Il faut bien reconnaître que les modèles de contrats sont éprouvés et que la stabilité juridique continue à justifier leur utilisation. Aujourd'hui, cependant, la réforme du droit des marchés publics¹⁰ et le futur Code de la commande publique attendu cette année permettent de penser qu'il y a un décalage très important entre ces pratiques contractuelles sectorielles et la logique de définition des catégories actuelles de contrat. Ainsi, certains de ces contrats pourront être tantôt des marchés et tantôt des concessions selon les conditions précises inscrites au contrat.

Le droit de la commande publique n'est d'ailleurs pas la seule matière dans laquelle le droit de l'Union européenne va avoir à s'appliquer en matière de transports publics. Le 4^e paquet ferroviaire en cours de discussion aura certainement des impacts sur le droit applicable, et d'ores et déjà, le règlement 1370/2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route du 23 octobre 2007 s'applique aux services publics de transports urbains et impacte fortement le droit applicable. Ainsi, ses considérants 9 et 12 reconnaissent-ils, comme le Code des transports, une liberté de choix dans le mode de gestion du service public, et notamment la liberté de choix entre régie ou contrat. Cette liberté peut d'ailleurs être vue comme la mise en œuvre de l'article 72 de la Constitution consacrant la libre administration des collectivités territoriales, même si ce lien n'a jamais été consacré juridictionnellement. Le débat sur cette liberté de choix pourrait cependant réapparaître si l'Union européenne reprenait une idée qui était apparue lors de la négociation du troisième paquet ferroviaire, à savoir la volonté de mettre en concurrence les modes de gestion eux-mêmes. En effet, puisque les opérateurs sont mis en concurrence dans le cadre des modes de gestion contractuels, pourquoi ne pas contraindre les autorités organisatrices voulant déléguer un service public à mettre en concurrence les opérateurs en ouvrant cette mise en concurrence à une proposition du mode de gestion. On mettrait ainsi en concurrence des offres fondées sur une régie avec personnalité morale et autonomie financière avec celles fondées sur une concession de services. Techniquement, la comparaison des offres ne serait pas sans poser de difficulté, au-delà même de l'éventuelle atteinte à la liberté de gestion qui est aujourd'hui le droit positif. Néanmoins, dans une approche plus souple, on peut aussi penser que le droit de l'Union européenne va plutôt faire le choix de n'imposer comme contrainte qu'une évaluation. En effet, l'évaluation préalable des modes de gestion possibles est apparue pour la première fois récemment dans le droit de la commande publique avec l'obligation d'une telle évaluation avant tout marché de partenariat¹¹. Cette procédure permettant en amont une comparaison des modes de gestion sans caractère contraignant – autre que politique – apparaît d'ailleurs comme bien plus respectueuse du principe de libre administration.

Derrière le libre choix du mode de gestion se pose la question de sa reconnaissance particulière en droit des transports urbains. Il faut en effet constater que cette matière remplit les conditions permettant d'envisager tous les modes de gestion. Elle est en ce sens à la fois un merveilleux laboratoire, un outil

pédagogique et une occasion d'analyser le concept de gestion des services publics. Cette liberté du choix du mode de gestion tient notamment au fait que le droit des transports urbains remplit les conditions requises par le droit pour chacun des modes de gestion (I), ce qui pose la question des critères du choix du mode de gestion, ou, pour le dire autrement, les éléments de choix entre les régies et les différents contrats. Sur ce point, le critère financier apparaît aujourd'hui central (II).

I - LES RAISONS DU LIBRE CHOIX DU MODE DE GESTION DU SERVICE PUBLIC DE TRANSPORTS

Le principe du libre choix du mode de gestion des transports urbains de voyageurs est à la fois issu de la loi française et des textes européens. L'article L. 1000-3 du Code des transports concerne les « services de transports publics de personnes réguliers et à la demande » et dispose que « sont considérés comme des transports publics tous les transports de personnes ou de marchandises, à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte, des personnes publiques ou privées ». L'organisateur doit donc organiser le service pour le compte d'autrui – et notamment des usagers tiers – par opposition aux hypothèses où l'opérateur de transport va agir pour lui-même, et notamment pour ses personnels. Ainsi, l'entreprise ou la personne publique qui prévoit une navette entre son siège et les transports en commun ne preste pas un service de transport public, quand bien même serait-elle une personne publique ou un délégataire. Le décret du 16 août 1985¹² distingue les services réguliers et à la demande en définissant les services réguliers comme « des services offerts à la place dont le ou les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance ». Certains bus dont les arrêts sont à la demande des voyageurs sont donc des services à la demande et non des services réguliers.

Ce libre choix du mode de gestion est aussi dû aux différentes définitions des modes de gestion dont les critères communs donnent concrètement une grande liberté de choix aux personnes publiques (A) ; elle est aussi due au fait que ce service peut être presté quelle que soit la forme de l'exploitant : public, parapublic ou privés (B)

A. LES CRITÈRES COMMUNS PERMETTANT TOUTES LES MODALITÉS DE GESTION

Le premier point commun à tous ces modes de gestion est que le service public est au cœur des transports urbains. Au sens le plus strict du terme, l'objet des transports est donc la prestation d'un service dont l'objet est d'intérêt général – ne serait-ce que sur le plan social et environnemental – et qui, par nature, est organisé par la personne publique. Pour ce faire, elle utilise les pouvoirs que la loi confère aux autorités organisatrices de la mobilité, et notamment elle impose les trajets, les tarifs, etc. En ce sens, services publics par détermination de la loi, les transports publics sont aussi services publics en application des critères jurisprudentiels classiques.

Chose étonnante, le droit des transports est la seule hypothèse dans laquelle l'Union européenne utilise elle-même le terme de « service public », alors qu'elle développe parallèlement les notions de Services d'intérêt économique général (SIEG), Services d'intérêt général (SIG) ou service universel¹³. On ne peut d'ailleurs pas dire qu'elle fasse une économie de ce terme, puisqu'à la suite de l'article 93 du TFUE¹⁴, on le trouve plus de 140 fois dans le seul règlement 1370/2007 du 23 octobre 2007¹⁵. Cette notion de service public se rapproche cependant clairement dans ses effets des SIEG. D'abord en ce qu'elle a le même rôle en matière de droit de la concurrence : le service public est une justification des limitations de la concurrence et permet de compenser les obligations de service public pour les opérateurs qui les prennent en compte, sans que ces compensations soient considérées comme des aides illégales¹⁶.

Par ailleurs, les services de transports sont principalement considérés comme des services publics industriels et commerciaux plus facilement transférables à une personne privée que les services publics administratifs.

La définition française de service public n'a jamais imposé que le service soit réalisé par une personne publique. Elle n'a même jamais imposé un mode de gestion spécifique, puisqu'elle précise au contraire que le service peut être assuré (au sens d'assuré directement) ou assumé (c'est-à-dire organisé, initié) par la personne publique. Si ces deux éléments font nécessairement penser à la régie et au contrat, la question de la délégation unilatérale du service public n'est pas à éviter par principe. Comment ne pas constater que c'est le modèle juridique de la SNCF et que le droit français envisage principalement ce type de délégation dans le modèle de l'établissement public, local compris. À cet égard, le caractère autonome des concepts de l'Union européenne remet en cause notre modèle interne, et notamment parce que la délégation unilatérale n'exonère pas par principe de la mise en concurrence. Ainsi, la notion de « contrat de service public » est définie dans le règlement de 2007 comme « un ou plusieurs actes juridiquement contraignants manifestant l'accord entre une autorité compétente et un opérateur de service public en vue de confier à l'opérateur de service public la gestion et l'exploitation des services publics de transport de voyageurs soumis aux obligations de service public. Selon le droit des États membres, le contrat peut également consister en une décision arrêtée par l'autorité compétente qui prend la forme d'un acte individuel législatif ou réglementaire, ou contient les conditions dans lesquelles l'autorité compétente elle-même fournit les services ou confie la fourniture de ces services à un opérateur interne ». Le « contrat » de service public du droit de l'Union peut donc être un acte unilatéral en droit interne.

Un élément de régime permet aussi de dire que le choix du mode de gestion est très ouvert en matière de transport. En effet, les obligations de service public ne diffèrent que peu selon le mode de gestion puisqu'elles sont pour une grande partie précisées législativement aux articles L. 1222-1 à -12 du Code des transports. Ce découplage, spécifique à la matière des transports, montre le caractère original de ce service public au regard des modes de gestion.

Cette spécificité de régime est en réalité due à une proximité matérielle des modes de gestion : dans tous les cas, il s'agit toujours de faire fonctionner les lignes de bus, de tramways, de métro ou, pour être à la pointe, de téléphériques urbains. Il s'agit donc toujours d'avoir un réseau et des matériels roulants (identiques quel que soit le mode de gestion), des personnels qui prestent le service et les éventuels travaux nécessaires à la mise en place du service. Or, ces éléments peuvent aussi bien être fournis par les services de la collectivité que par un contrat puisque l'on retrouve des critères communs aux marchés et concessions tels qu'ils se trouvent aujourd'hui dans le droit de la commande publique interne et européen.

Cette possibilité d'user de tous les modes de gestion est même plus complexe que cela puisque les différentes prestations nécessaires au service peuvent être divisées et faire l'objet, pour une même opération, de différents modes de gestion. Ainsi, l'infrastructure, l'entretien de celle-ci, l'entretien du matériel roulant et la prestation du service de transport peuvent faire l'objet de modalités différentes. Une partie de ces éléments peuvent faire l'objet d'un marché public de service (y compris le fait de confier à une société la prestation du service proprement dit, avec des chauffeurs employés par cette société), d'autres d'une concession (de service public, bien entendu, mais aussi de travaux) et d'autres d'une régie. La procédure de marchés de partenariat est topique de cette possibilité puisqu'elle prévoit elle-même un régime d'intégration à la carte des prestations.

On le constate, matériellement, en tant que prestation de service complexe, les services publics de transports peuvent remplir les conditions ouvrant tous les modes de gestion reconnus par le droit français. Si la liberté de choix est cependant garantie par les textes, c'est aussi dû au fait que tous les types

d'exploitants sont possibles.

B. LES CRITÈRES PERMETTANT TOUS LES TYPES D'EXPLOITANTS

La possibilité pour un grand nombre de catégories de personnes

– publiques et privées – d'exploiter un service public de transport est la conséquence de plusieurs législations. D'abord le droit des transports qui ouvre la possibilité pour les collectivités et EPCI de choisir entre régie et contrat. Ensuite le droit de la commande publique qui permet aujourd'hui que le cocontractant soit une personne privée ou publique, et qui prévoit même des régimes juridiques spéciaux pour les sociétés publiques locales et l'économie mixte.

Dès lors, la désignation du cocontractant est bien souvent un choix et les autorités organisatrices vont bénéficier d'un panel de formes juridiques leur permettant d'adapter les modalités de gestion du service public à la situation locale. Il est ainsi possible de distinguer trois hypothèses principales que nous détaillerons ci-après. Dans les deux premières, l'autorité organisatrice a un réel choix : il s'agit du choix consistant à donner l'exploitation du service public à une personne publique par les mécanismes de la régie et de l'établissement public ; et de celui de confier cette gestion à un exploitant parapublic comme des sociétés publiques locales. Dans la troisième, le choix n'est plus libre en ce qu'il correspond aux hypothèses dans lesquelles s'applique le droit de la commande publique. Si dans la majorité des cas le résultat sera de confier la gestion à une personne privée, le cocontractant pourra cependant aussi être une personne publique. Au-delà d'un choix idéologique impliquant une volonté d'avoir une personne publique ou privée, ce sont plutôt les avantages et inconvénients de chaque situation qui sont alors déterminants pour la personne publique.

Dans le choix de la régie ou du transfert unilatéral de gestion à un établissement public, le contrôle poussé de l'AOM sur l'opérateur est central. En effet, que ce soit la modification des tarifs, les conditions d'exploitation ou la maîtrise budgétaire, la régie et l'établissement public permettent une action directe et efficace de la collectivité. On constate d'ailleurs que c'est le mode de gestion qui est favorisé après des difficultés d'exploitation par une personne privée. La « reprise en régie » est un mécanisme connu depuis bien longtemps, que cela soit lorsque l'opérateur économique a fait faillite¹⁷ ou quand il n'a pas rempli convenablement ses obligations contractuelles, créant des problèmes de continuité de service public. L'autre hypothèse dans laquelle la régie peut être favorisée est celle dans laquelle le service est déjà tellement subventionné (pour des raisons sociales, notamment¹⁸) que le choix de la collectivité se porte sur une gratuité du service. Les solutions contractuelles de type marchés publics ne sont pas exclues, mais la régie paraît une solution tout à fait logique. Les inconvénients de cette solution existent pourtant. Le premier concerne les investissements qui sont parfois très lourds et que la collectivité préfère voir réaliser par un opérateur privé plutôt que par l'emprunt. En revanche, lorsque l'investissement de départ a été réalisé (la réalisation de la ligne de tramways, par exemple), la régie est un mode de gestion souvent envisagé. Pour ce qui est de la gestion, la liberté apparente de la personne publique dans l'organisation du service doit cependant prendre en compte la lourdeur administrative qui limite l'adaptabilité. La gestion du personnel (avec la place des contractuels et leur volonté d'être alors titularisés), la comptabilité publique et ses contrôles ainsi que le poids du syndicalisme sont des éléments qui ne sont pas toujours adaptés à la gestion d'un service public industriel et commercial. Ces défauts expliquent certainement que la gestion directe ne soit pas le mode de gestion favorisé : si l'on en croit la Cour de comptes dans son rapport annuel de 2015, « seuls 10 % des réseaux sont exploités en régie directe »¹⁹.

La gestion par des entreprises parapubliques apparaît dès lors souvent comme une solution médiane adaptée. Il ne s'agit pas d'un mécanisme de régie puisque, juridiquement, il y a bien un contrat déléguant le service public. Pour autant, l'exception *in house*²⁰ permet de confier à une société d'économie mixte

(SEM)²¹ ou à une société publique locale (SPL) le service sans mise en concurrence. Ce mode de gestion laisse à la personne publique une partie des avantages de la régie, notamment une influence importante sur les décisions et la politique de l'entreprise. En tant qu'actionnaire majoritaire, seule ou avec d'autres personnes publiques, dont le pouvoir au sein de l'entreprise est peu limité par des actionnaires privés institutionnels, l'influence de la collectivité est en effet grande. Mais ce mode de gestion permet aussi de bénéficier de certains avantages d'un gestionnaire privé. En tant qu'entreprise, la SEM est en effet soumise à la comptabilité privée et au droit du travail qui permet une souplesse de recrutement et des salaires libres. L'accès aux documents d'exploitation par le biais des gestionnaires qu'elle nomme permet aussi un contrôle facilité, même s'il l'est moins que dans le cadre d'une régie à autonomie financière. Ce modèle équilibré est d'ailleurs souvent utilisé²², notamment à travers les SEM²³. Ce mode de gestion pourrait évoluer dans les années à venir avec la création des SEMOP en 2014²⁴. Si pour l'heure seuls trois SEMOP ont été créés²⁵, et aucunes en matière de mobilité, ce mode de gestion pourrait trouver à se développer. Dans l'hypothèse des SEMOP, la mise en concurrence se fait avant la création de la société de projet qui va prester le service et, le plus souvent, réaliser les investissements. La part publique de la SEM ou de la SEMOP oblige cependant la personne publique à une partie de l'investissement, ce qu'elle ne veut parfois pas faire, sans compter sa volonté, plus globalement, de ne pas toujours prendre une partie du risque d'exploitation à sa charge. Elle doit alors se retourner vers des modalités contractuelles classiques.

La personne publique peut ainsi vouloir confier à une personne privée la gestion du service dont elle a la responsabilité. Pour ce faire, elle ne peut que passer par le mode contractuel, et notamment par des contrats qui devront par principe être mis en concurrence au titre du droit de la commande publique. Les modifications importantes de ce droit, autour des notions de marchés publics et concessions telles que définies par le droit européen transposées en droit interne ne modifient pas profondément le droit antérieur. Ainsi, si apparemment les contrats tels qu'ils étaient définis avant 2016 sont en partie redéfinis (notamment les concessions et délégations de service public), il apparaît plus juste de dire qu'ils nécessitent d'être réorganisés en fonction de la nouvelle *summa divisio* « marchés/concessions ». De la même manière que les contrats nommés spéciaux en droit des transports issus de la loi du 19 juin 1979²⁶ ont dû rentrer dans la nouvelle définition des délégations de service public ou des marchés après la loi Sapin de 1993²⁷; les contrats actuels doivent se replacer dans la nouvelle organisation entre marchés et concessions, certains étant l'un ou l'autre selon les conditions contractuelles précises. Sans entrer dans le détail, l'avantage de passer par de tels contrats est parfois le transfert de l'investissement (souvent, mais pas toujours, dans le cadre des concessions), et toujours la volonté de transférer la gestion du service et les travaux afférents à une autre personne morale. Le contrôle de la collectivité est alors extérieur, ce qui lui donne moins de pouvoirs directement (même si elle bénéficie d'un pouvoir de direction et de contrôle lorsque le contrat est administratif), mais qui lui permet plus facilement de sanctionner une mauvaise exécution du contrat. Le principal avantage est surtout de pouvoir faire appel à des professionnels expérimentés, souvent filiales de grands groupes en matière de transports, et de leur transférer le risque du contrat lorsqu'il s'agit d'une concession. Le poids de l'autorité organisatrice est cependant limité du fait du déséquilibre qui peut exister entre des communes parfois petites et des délégataires très puissants. En effet, comme le précisent la Cour des comptes et le Conseil de la concurrence, entre 30 % et 40 % des parts de marchés font partie des groupes Transdev et Kéolis²⁸. Lorsque le cocontractant est une autre personne publique (le plus souvent un EPIC), ou une personne privée sous contrôle public (une entreprise publique locale), c'est qu'elle aura acquis une expérience lui permettant de remporter la mise en concurrence.

Aujourd'hui, il faut constater que le droit des transports n'a pas encore réalisé son adaptation au droit de la commande publique. C'est non seulement vrai pour les deux catégories principales de contrat, mais c'est aussi de ce fait exact pour les contrats globaux, au premier rang desquels les marchés de partenariat, forme particulière de marchés qui pourrait parfois être utilisée.

II - LE CRITÈRE DU LIBRE CHOIX DU MODE DE GESTION : LE CRITÈRE FINANCIER

L'essentiel des éléments de définition des régies de transport ou des contrats sont donc identiques. Il en résulte que le choix du mode de gestion ne se fait que peu sur ces critères. À l'analyse, le critère principal de distinction va être le critère financier, la pratique comme la logique des critères juridiques montre en effet que c'est principalement lui qui va imposer le choix du mode de gestion, et non l'inverse, comme on aurait pu le penser. Parmi les éléments communs, la durée du contrat est essentielle. L'article L. 1221-3 du Code des transports ainsi que l'article 4-3 du règlement de 2007 les fixent à 10 ans pour les routes et 15 ans pour les rails, sauf à ce que les investissements soient spécialement importants et que l'équilibre financier du contrat impose une durée d'amortissement plus longue. Dans ces hypothèses, la concession est alors favorisée par le mode de financement, mais ces exceptions sont rares.

La question du choix du mode de gestion, notamment entre contrat et régie, dépend de la volonté d'un financement public ou d'un financement mixte, ainsi que des proportions des types de financements publics et privés lorsqu'il est mixte (A), et au sein des catégories de la commande publique, c'est la répartition du risque

– notamment financier – entre les cocontractants qui va décider de la nature du contrat (B).

A- LA PART DU FINANCEMENT PUBLIC ET SON IMPORTANCE SUR LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS DE TRANSPORTS

La part de financement public dans les transports est particulièrement importante par rapport à un certain nombre d'autres services publics locaux industriels et commerciaux. Les raisons à cet état de fait sont de deux natures différentes. D'abord, certaines modalités de transports nécessitent un réseau à part entière. Ces TCSP – pour Transports en Commun en Site Propre²⁹ – requièrent des travaux plus ou moins importants. Un métro souterrain coûtera ainsi plus cher qu'un tramway, lui-même coûtant plus cher qu'un couloir de bus délimité par un petit muret. Cependant, ces investissements lourds conduisent à une difficulté majeure pour le remboursement à partir des billets de transports, et sauf à prévoir une durée très longue du contrat, ils nécessitent le plus souvent un investissement de la part de l'autorité organisatrice. Ensuite, les transports publics n'atteignent leurs objectifs sociaux que s'ils sont utilisés, ce qui implique qu'il y ait des incitations à les utiliser pour les usagers. Les inconvénients inhérents à l'usage des transports, au premier rang desquels le fait qu'ils vont rarement exactement de chez soi à là où l'on veut se rendre³⁰, nécessitent de trouver d'autres incitations. La principale est le prix du billet qui n'est jamais à la hauteur du coût du service³¹. Au-delà de l'incitation à objectif environnemental³², la dimension sociale des transports en commun est un enjeu important de leur mise en place, et l'on peut comprendre que les populations les plus défavorisées en aient besoin pour accéder au bassin d'emploi et aux activités de loisirs. C'est la raison pour laquelle les transports urbains bénéficient de nombreux tarifs sociaux : les jeunes, les personnes âgées, les demandeurs d'emploi, aucune catégorie défavorisée ne paye même le tarif déjà subventionné qu'est le tarif « normal » appliqué aux actifs. L'incitation dépasse d'ailleurs le tarif des transports, puisque les salariés eux-mêmes voient leurs cartes de transport pour moitié payées par leur employeur. L'analyse des jurisprudences nombreuses en matière de concessions démontre d'ailleurs que la partie risquée³³ des contrats de transports urbains est en moyenne de 28,6 % souvent inférieure à 20 %³⁴, c'est-à-dire que plus de 80 % des revenus sont garantis, soit par des subventions³⁵, soit par une clientèle captive³⁶.

Le règlement de 2007 est d'ailleurs intéressant à cet égard puisqu'il laisse entendre à plusieurs reprises que les services de transports ne sont pas rentables et qu'il faut accepter des aides qu'il convient d'encadrer. Un certain nombre de communes ont d'ailleurs estimé que la gratuité du service était une

solution raisonnable. Elle a en effet un effet incitatif indéniable, et son coût marginal par rapport à une exploitation subventionnée est faible. Ce phénomène européen – on le retrouve au Royaume-Uni, en Suède, en Allemagne, en Espagne ou en Belgique notamment – avait convaincu 23 réseaux sur 290 en France³⁷. Dans ces hypothèses, les concessions sont exclues par définition, mais la gestion par un marché public de service public reste possible.

Pour la majeure partie des réseaux, le financement privé est cependant recherché. Dans ces cas, la régie est exclue et les seuls modes de gestion possibles sont l'économie mixte et les modes contractuels. Ce dernier est certainement le plus souple et permet aujourd'hui de s'adapter à différentes modalités d'investissement public. Les deux catégories contractuelles que sont les marchés et les concessions acceptent une partie de subvention. Si la proportion est trop importante, le marché public est le contrat qui assure le plus de sécurité juridique en ce qu'il ne sera pas requalifié, mais la concession est définie par le droit de l'Union comme par le droit interne comme permettant un « prix » – et il faut entendre par là des subventions – en plus d'un droit d'exploiter l'ouvrage ou le service³⁸. Les hypothèses de gratuité ne pourront passer que par le marché public, ainsi que les contrats sans transfert de risque au cocontractant.

La volonté de la personne publique d'investir dans les transports en commun peut parfois être limitée par ses capacités d'investissement. Certes, l'emprunt finance globalement 50 % des travaux dans les transports publics, mais les modalités contractuelles vont permettre une part de souplesse. Ainsi, si l'investissement privé prend une forte place et que l'investisseur se rémunère sur le temps long de l'exploitation, alors la concession (auxquels il faut ajouter les sous-catégories de concessions que sont aujourd'hui l'affermage et certaines régies intéressées) est envisageable et logique. Si l'objet du contrat est complexe et que l'investissement public ne peut se faire que sur du long terme, par le paiement d'un loyer durant de nombreuses années et non comme un investissement initial, alors c'est le marché de partenariat qui pourra être envisagé. En droit de l'Union, la question de la possibilité de payer par loyers entre dans la définition du caractère onéreux du contrat. Cela a été précisé par la cour de justice dès 2009³⁹. En droit interne, les principes de la commande publique et de la domanialité publique imposent de ne le permettre que par exception⁴⁰. La difficulté des marchés de partenariats est alors que le droit français impose des conditions supplémentaires à ce type de financement. Non seulement ce contrat doit être global, même si une partie des missions globales est au choix de l'autorité organisatrice, mais le risque doit être partagé entre les parties et des conditions financières de seuil (de 2, 5 et 10 millions d'euros selon les cas) et de complexité ou d'urgence sont exigées. À cela s'ajoute l'obligation d'évaluation que nous avons déjà abordée. À l'analyse, le marché de partenariat ne sera pas plus un contrat adapté aux transports publics que ce qu'a été le contrat de partenariat⁴¹ depuis 2004.

Les modalités de financement sont donc, en matière de transports publics, au cœur du choix du mode de gestion. Elles permettent globalement, selon la part de la participation de la personne publique, de fixer les modalités possibles. Mais à travers ces modalités de financement, c'est aussi la question de la partie supportant le risque dans le contrat qui se pose et, partant, la question du choix entre le contrat de concession et celui de marché public.

B- LA QUESTION DU RISQUE : DISTINCTION ENTRE MARCHÉS ET CONCESSIONS

Le mode de gestion dépend globalement des éléments financiers du contrat, et notamment de la part du financement public. Mais un corollaire du critère financier permet de manière assez subtile de distinguer entre les marchés et les concessions : le critère du risque d'exploitation. Cette question est d'autant plus importante en matière de transport que ces deux contrats se recoupent sur tous les autres critères : ils sont passés par les mêmes autorités organisatrices et concernent les mêmes travaux ou services ; de surcroît services publics⁴².

La notion de risque est aujourd'hui l'aboutissement d'une suite jurisprudentielle commencée avec l'arrêt de 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône qui avait posé le critère d'une « rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation »⁴³ pour la qualification de concession. Partant de la question d'une rémunération liée aux résultats, la question s'est ensuite décalée vers celle de la possibilité, ou non, de résultats négatifs et de la personne devant porter ces résultats. La question du risque est alors apparue : la concession a été considérée comme devant être fondée sur la possibilité de pertes pour le cocontractant. Ce changement d'analyse a donc été expressément utilisé par le Conseil d'État à partir de 2008⁴⁴. Ce critère a été repris ensuite dans l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui prévoit que le contrat transfère au concessionnaire « un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui a fait l'objet du contrat soit ce droit assorti d'un prix ». Le risque visé a récemment été précisé par la Cour de justice dans un arrêt du 21 mai 2015 *Kansaneläkelaitos*⁴⁵, c'est-à-dire après la directive 2014/23 relative aux concessions qui distingue le risque lié à l'offre et le risque lié à la demande⁴⁶. Les considérants 18 à 20 de la directive concession apportent des précisions importantes sur la notion de risque, précisions que l'article 5 de l'ordonnance concession résume en ces termes : « La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition 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 ». Un contrat dont on transfère le risque est celui qui transfère le poids des pertes éventuelles si les évaluations initiales d'équilibre du contrat se s'avèrent pas dans son exécution. Le risque dit « lié à la demande » est celui qui porte sur le coût de la réalisation des travaux ou prestations (augmentations du fait des matériaux, complexité et aléas de construction, difficultés de prêter le service) ; et le risque dit « lié à l'offre » est celui que la prestation ne rencontre pas les usagers attendus (un ouvrage inutilisé pour les concessions de travaux ou un service public que les usagers n'utilisent pas). En transport public, c'est notamment le tracé ou les horaires d'une ligne n'incitent pas les usagers à la prendre. Les risques sur les charges d'exploitations, par exemple le coût de la maintenance, les dégradations ou les accidents seront analysés comme des risques liés à la demande. Si l'on n'est pas pleinement convaincu par cette distinction entre les deux formes de risques, la notion de transfert de risque n'implique pas une application stricte de la qualification en risque lié à l'offre ou à la demande. En effet, il suffit qu'une part trop importante du risque soit à la charge de la personne publique pour qu'il n'y ait pas transfert de risque⁴⁷. Ainsi, si le contrat met à la charge de l'autorité organisatrice, sous forme de subvention compensatrice, les aléas de terrains pour les constructions, les éventuels approvisionnements en matériaux, le risque d'une technologie innovante ou qu'elle compense une utilisation trop faible de la ligne de transport, alors il y aura diminution du risque transmis. Si cette diminution est trop importante, le contrat sera requalifié en marché public. À l'inverse, lorsque le contrat transmet le risque, c'est qu'avec une bonne maîtrise des processus de travaux et avec une capacité à attirer les usagers⁴⁸, l'opérateur doit pouvoir faire des bénéfices⁴⁹.

La directive précise⁵⁰, comme la Cour de justice, que si les seuls risques sont une mauvaise gestion, une mauvaise application du contrat ou un cas de force majeure, ils ne sont pas un risque à prendre en compte. Ils ne sont en effet pas des risques que l'on peut exclure du contrat et existent donc toujours, aussi bien dans les contrats de concession que de marchés publics.

Sur ce point encore, on le voit, les éléments financiers du contrat qui dépassent le prix ou le montant des subventions – sont absolument essentiels pour distinguer entre les modes de gestion contractuels que sont les marchés publics et les concessions.

Notes de bas de page

1. Le présent texte est une adaptation écrite et augmentée d'une intervention au colloque « Le juge administratif et l'économie des transports » ayant eu lieu à l'Université Toulouse 1 Capitole le samedi 19 novembre 2016. Pour les évolutions récentes du transport public interurbain, il prend en compte les évolutions jusqu'à sa publication cf. A. Ramel et A. Aderno, « L'organisation des services de transport à l'aune de la loi NOTRe. Mode d'emploi », JCP A 16 janv. 2017, n° 2 p. 36.
2. Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, fondue pour l'essentiel dans le Code des transports par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports.
3. CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, req. 16178, Lebon p. 216, concl. L. Blum ; GAJA 20e ed. n° 20 p. 113 ; D. 1912.3.49, concl. L. Blum ; S. 1911.3.1, concl. L. Blum, note M. Hauriou ; RD publ. 1910 p. 270, note G. Jèze.
4. CE 29 janvier 1932, Société des autobus antibois, req. 99532, leb. p. 117 GAJA cité au n° 69.12 p. 455, S. 1932.3.65 note P.L. : D. 1932.3.60, concl. R. Latournerie, note C. Blavoet ; RD Publ. 1932 p. 505, concl. R. Latournerie.
5. Au sein des Autorités organisatrices de transports (AOT), les anciennes autorités organisatrices de transport urbain (AOTU) sont devenues les autorités organisatrices de la mobilité (AOM) depuis l'entrée en vigueur de l'article 18 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, également connue en tant que Loi NOTRe.
6. À ces trois catégories que sont l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics, on ajoute aussi les « personnes publiques sui generis » comme la Banque de France ou les Groupements d'intérêts publics.
7. Cette hypothèse crée une différence importante au regard du droit de la commande publique puisque, selon le degré de dépendance (à analyser au cas par cas, mais souvent très fort), le contrat qui liera la collectivité et la « régie personnalisée ».
8. Question écrite n° 56638 de M. André Chassaigne, publiée au JO du 3 juin 2014 p. 4455, réponse publiée au JO du 9 déc. 2014, p. 10370.
9. Loi n° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local (dite TPIL), abrogée par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne (art. 51). Le décret d'application prévoyant les modalités précise de la régie et, plus encore, les différentes formes de contrat est le décret n° 80-851 du 29 octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local, JORF du 31 oct. 1980, p. 2540, spé. art. 8.
10. Sont ici visées les ordonnances des 23 juillet 2015 et 29 janvier 2016 et de leurs décrets d'application.
11. L'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que l'on ne peut engager une procédure de marché de partenariat que si une étude comparative faite par un organisme expert (réglementé aux articles 153 et 156 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) entre les modes de gestion démontre que le recours à une tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier (mais sont pris en compte toutes les caractéristiques du projet et les exigences du service public ou de la mission d'intérêt général).
12. Décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, article 25 ; devenu art. R. 3111-1 du Code des transports Depuis le décret n° 2016-1550 du 17 novembre 2016 relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du Code des transports.

13. J.-F. Auby, *Les services publics en Europe*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, n° 3414 ; N. Belloubet-Frier, « Service public et droit communautaire », *AJDA* 1994, p. 270 ; M. Debène et O. Raymundie, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA* 1996, p. 171. R. Kovar, « Droit communautaire et service public ; esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTDE*, 1996, n° 2 et 3 ; M. Long, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », *RFDA* 1995, p. 497 ; ou plus récemment F. Tesson « Monopoles historiques et libération : que reste-t-il du service public ? », *EI* 2016, n° 10 p. 36 ; G.-J. Guglielmi, « La définition européenne du service d'intérêt économique général : serpent de mer ou nécessité ? », *EI* 2016, n° 10 p. 22 ; L. Idot, « Notion d'entreprise et notion de SIEG », *Europe* 2014, n° 10 p. 42.
14. L'article 93 est en effet le seul du TFUE (et il reprend l'article 73 du Traité UE) dans lequel on trouve le terme de service public et il est inclus dans le titre VI du Traité relatif aux transports.
15. Règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageur par chemin de fer et par route. Il est à noter que l'on trouvait déjà le terme de service public dans le règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156, p. 1), tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil, du 20 juin 1991 (JO L 69, p. 1). Cf. P. Vieu, « À propos de l'intégration de l'Europe des transports. Observations sur l'interprétation de la norme européenne : le cas du règlement OSP », *RTDE* 2010, n° 2 p. 297
16. Parmi les arrêts de la CJUE qui ont appliqué et confirmé cette exception aux règles relatives aux aides d'État, on notera CJUE 6 Oct. 2015, aff. C-303/13, *Commission européenne c. Jørgen Andersen*, Royaume du Danemark, *Danske Statsbaner SV (DSB)* qui clôt un premier et long contentieux d'application du règlement de 2007. Cf. J. Lipinsky et J. Wolters, « Time will tell-A brief contemplation on the temporal application of substantive State aid rules in the light of the recent Andersen judgment of the CJEU », *European State Aids Quarterly*, 4/2016, n° 2 p. 193 ; L. Idot, « Transport terrestre et compensation d'obligations de service public », *Europe*, 2016, n° 5 p. 26.
17. À cet égard, on notera que l'ensemble des concessions de chemin de fer ont été rachetées par l'État à la suite des faillites des sociétés de chemin de fer. C'est la fusion des entreprises concessionnaires qui a par la suite conduit à la création de la « société des chemins de fer français » avec la signature de la convention du 31 août 1937, puis à la création de la SNCF comme établissement public en 1982 avec la LOTI.
18. Il n'est pas rare de voir des services de transports dont le coût est supporté très majoritairement, voire quasi intégralement, par l'autorité organisatrice.
19. Cour des comptes, *Rapport public annuel 2015*, Paris, 11 févr. 2015, spé. Tome 1 p. 264. Le rapport se fonde sur des chiffres du Conseil de la concurrence ; M. Karpenshif, « Du In House aux In House après la directive concession ? », *ACCP*, n° 141, 2014, p. 64.
20. Cf. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Paris : Dalloz, coll. *Cours*, 2016, 614 p., spé. p. 200.
21. Cette exception, un temps impossible, est redevenue légale avec les nouvelles directives « marchés » et « concessions ».
22. L'analyse du rapport de la Cour des comptes précité laisse entendre qu'entre 50 % et 60 % des modes de gestions sont des modes mixtes type SEM.
23. Selon les chiffres de la fédération des Entreprises publiques locales, in « *Eplscope 2016, le baromètre des entreprises publiques locales* » Paris : dactyl, 48 p. spé. p. 30, sur les 78 EPL en matière de mobilité, 60 sont des SEM et 18 des SPL, sachant que 60 d'entre-elles sont en matière de mobilité et 18

en matière de stationnement. Elles représentent 18 268 emplois (hors saisonniers et vacataires, soit 30 % des salariés des EPL alors qu'elles ne représentent que 6 % du nombre d'EPL) pour un chiffre d'affaires de 1,47 milliards d'euros.

24. Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JORF n° 0151 du 2 juillet 2014 p. 10897, cf. M. Marques et Ph. Gonzague, « Point d'étape sur les SEMOP », Contrats et marchés publics, juin 2016

p. 6 ; R. Noguellou, « Analyse de la loi 2014-744 du 1er juillet 2014 », RDI 2014 p. 561 ;

O. Lafitte, « SPL, SEMOP et transports collectifs : la «troisième voie» ? », Le Moniteur – contrats publics, 05/2015, n° 154 p. 44 ; E. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », AJDA 2014, n° 34 p. 1941.

25. Chiffres « Eplscope 2016,... » précité.

26. Loi n° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local, et son décret d'application, précités note n° 8.

27. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ne contenait pas de définition, mais la jurisprudence a rapidement donné les contours de la définition que l'on trouvera dans les textes – loi Sapin pour l'État et art L. 1411-1 CGCT – insérée par la loi n° 2001-1168 MURCEF du 11 décembre 2001.

28. Cour des comptes, Rapport public annuel 2015, Paris, 11 févr. 2015, spé. Tome 1 p. 264. Le rapport se fonde sur des chiffres du Conseil de la concurrence et utilise des chiffres de 2012.

29. Ces modes de transports publics sont aujourd'hui très largement développés, non seulement sur les lignes nouvelles (sous forme de tramways ou de bus), mais aussi par un développement de couloirs de bus. Les TCSP ont en effet pour avantage de garantir les horaires de passages, ce qui est un levier très important pour inciter les usagers à utiliser les transports en commun.

30. L'utilité d'un réseau de transport public nécessite ainsi, pour être utilisé, que le maillage des transports en commun soit assez serré pour être utile. L'intermodalité (prendre le métro, le train de banlieue et le bus sans que le temps entre les ruptures de charge soit trop important) est une solution, mais cela signifie surtout que l'investissement doit être suffisamment important pour que le réseau soit suffisamment complet et régulier. Cela implique des remplissages qui ne sont pas toujours rentables, et partant des subventions encore plus nombreuses.

31. La Cour des comptes, dans son rapport de 2015, op. cit., p. 272, précise que « le taux de couverture moyen des dépenses d'exploitation par les recettes tarifaires est de 28,6 % (20 % pour incluant l'investissement) », ce taux subissant une baisse constante depuis le début des années 2000.

32. Les transports en commun limitent les déplacements en voiture, donc les embouteillages avec le bruit et la pollution créée. Le développement des modes doux comme les vélos ou voitures électriques à disposition type « vélib » ou « autolib » va plus loin encore dans ce sens.

33. Comme on le verra en IIB, le risque d'exploitation est le critère de distinction entre marchés et concessions. Les jurisprudences analysent donc le transfert du risque à l'exploitant pour juger de la légalité du contrat et sa juste qualification. Les arrêts les plus anciens, notamment, se réfèrent à un pourcentage de risque intéressant. Aujourd'hui, le risque n'est pas évalué de manière aussi numérique afin que toutes les formes de risques soient envisagées.

34. Rapport de la Cour des comptes de 2015, op. cit., p. 282 précisant qu'en moyenne les recettes commerciales ont un taux de couverture de 28,6 %, en 18 % pour les réseaux de moins de 100 000 habitants.

35. Il faut se souvenir que le versement transport prévu à l'article L. 2333-67 du CGCT (encore modifié par la loi de finance rectificative n° 2016-1918 du 29 décembre 2016, art 75) a permis, depuis les années 1970, une grande partie des investissements dans les transports publics de voyageurs.

36. Si les usagers d'un transport public sont en nombre stable et que les autres moyens de transports (notamment la voiture individuelle) sont peu usités, la rémunération est en quelque sorte garantie et présente un risque faible.
37. Les plus importants étant Dunkerque, Niort et Boulogne-Billancourt pour ceux entre 100 000 et 200 000 habitants, mais aussi Castres, Châteauroux, Compiègne, Calais ou Muret pour ceux de plus de 70 000 habitants.
38. Article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; article 5-1) de la directive 2014/23 du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.
39. CJCE 29 octobre 2009, aff. C-536/07, Commission c/ RFA, CMP 2010, comm. 129, W. Zimmer
40. L'application de ces principes et son influence sur le caractère exceptionnel des contrats de partenariat – devenus marchés de partenariat – vient de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.
41. M. Guillerm, « Contrat de partenariat et transport collectif », Contrats public, n° 154, mai 2015 p.
42. Il n'existe pas de concessions de fournitures, celles-ci ne pouvant, depuis l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, porter sur des travaux ou des services (la qualification de service public n'est plus nécessaire comme dans le cadre des délégations de service public de la loi Sapin. Elle reste obligatoire pour l'application des conditions de procédures des collectivités territoriales prévues aux articles L. et R. 1411-1 et s. du CGCT).
43. CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Cne de Lambesc, req. n° 168325, RFDA 1996, p. 718, note Ph. Terneyre, p. 729, concl. Ch. Chantepy ; AJDA 1996, p. 729, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; CJEG 1996 p. 523, note R. Savignat).
44. CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794 ; CMP 12/2008 p. 12, comm. 296, note G. Eckert ; BJCP 2009, p. 62, note T. Pez ; RLCT 2/2009 p. 64 note D. Capitant. Au même moment, une évolution parallèle pouvait être remarquée en droit de l'Union européenne à travers l'arrêt CJCE 13 novembre 2008, Commission des communautés européennes c/ République italienne, aff. C-437/07 ; Revue des contrats, 2009/2, p. 675, note P. Brunet.
45. CJUE, 21 mai 2015, Aff. C-269/14, Kansaneläkelaitos, Europe, Juillet 2015, p. 19, note A. Bouveresse ; CMP 2018, comm. 180, M. Ubaud-Bergeron ; JCP A, 10/2015, n° 40 p. 29, note C. Benelbaz ; RTDE 2016, n° 2 p. 456, note A. L. Durviaux.
46. Art. 5 – 1).
47. Après une période des années 1990 où l'on a voulu quantifier ce risque, à 30 %, puis 10 % parfois lorsque celui-ci était intrinsèquement faible (comme pour la gestion de l'eau ou les transports publics où les clientèles sont souvent captives), la marge d'interprétation du juge est aujourd'hui importante : la part du risque ne doit pas être « purement nominale ou négligeable » dit l'article 1 de la directive concession.
48. On pense notamment à la publicité, à une adaptation des tarifs, à une capacité à assurer une qualité du service en terme de places assises et un transport agréable aux heures de pointe, mais aussi à la régularité et la rapidité du service qui sont des éléments essentiels au fait que les transports publics sont utilisés.
49. Si les bénéfices sont importants, il est possible contractuellement de prévoir une rétrocession partielle a pro-rata de ces bénéfices à la personne publique.
50. Directive 2014/23, considérant 20.