

N° 437232

Département de la Loire c/ Société Edenred

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 10 février 2021

Lecture du 4 mars 2021

Conclusions

M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur public

1. Comment évaluer la « valeur estimée » d'un marché public de titres de paiement, tels que des titres restaurants ou des CESU ?

Telle est la principale et inédite question posée par le pourvoi formé devant vous par le département de la Loire, qui a vu le juge des référés précontractuels du TA de Lyon annuler la procédure de passation de quatre des six lots d'un accord-cadre portant sur l'émission et à la distribution de titres de paiement, relatifs, dans le cadre de sa politique d'action sociale, à des chèques emploi services (CESU), des titres restaurants et des chèques cadeaux.

En application de l'article R. 2122-8 du code de la commande publique qui fixait alors à 25 000 € le seuil pour ce faire, les lots litigieux ont été passés selon une procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables, au cours de laquelle la société Edenred, acteur historique du marché dont il revendique la place de leader mondial, a été invitée par le département à présenter une offre. Toutefois, estimant que la procédure était irrégulière car excédant les seuils, cette société a recherché et obtenu son annulation.

2. Avant d'en venir au fond du litige, deux mots pour vous en présenter le cadre général.

Schématiquement, le « marché » des différents titres de paiement concernés fait intervenir **quatre acteurs** :

- un émetteur, qui fabrique et délivre les titres ou, pour les titres dématérialisés, gère les systèmes d'information qui permet leur utilisation ;
- un acheteur, qui finance les titres : c'est la situation de l'employeur, qu'il soit

public ou non ;

- un bénéficiaire : c'est la personne qui reçoit les titres de paiement, en général un salarié ;

- enfin, l'affilié (pour les titres restaurants ou les chèques cadeaux) ou l'intervenant (pour les CESU) sont les commerçants ou, pour les CESU, l'employé ou le service social qui accepte le règlement de biens ou de services en titres de paiement.

L'émetteur est rémunéré par **trois canaux** :

- d'une part, par des commissions d'émission, payées par l'acheteur, et des commissions d'affiliation, payées par les affiliés ou intervenants. Ces commissions sont variables selon les titres concernés, qui sont eux-mêmes plus ou moins encadrés par la réglementation¹ (fortement pour les CESU et les titres-restaurants, nettement moins pour les chèques-cadeaux), et selon la structure du marché ;

- d'autre part, en dégagant des produits financiers tirés du placement en trésorerie des sommes non encore utilisées placées entre leurs mains² ;

- enfin, en bénéficiant de gains sur les titres non utilisés avant leur date limite (perte, péremption), même si plusieurs mécanismes réglementaires prévoient des remboursements au moins partiels.

Il résulte de tout cela, comme le soulignait l'Autorité de la concurrence dans une récente décision 19-D-25 du 17 décembre 2019, aux termes de laquelle elle a infligé des amendes totales de près de 415 millions d'euros aux 4 opérateurs historiques réunis dans le cartel des titres restaurants³, que le marché des titres de paiement est un **marché biface**, les entreprises qui y sont actives ayant deux clientèles distinctes : les émetteurs et les affiliés ou intervenants.

Pour ce qui nous concerne aujourd'hui, il faut en retenir que, du fait de cette organisation économique, un contrat relatif à l'émission et la distribution de titres de paiement se caractérise par le fait que la personne publique va verser au prestataire une somme qui est sans commune mesure avec la valeur économique du marché et à un prix effectif potentiellement très faible pour elle, puisque la rémunération du cocontractant est essentiellement liée à des activités commerciales annexes.

¹ Cf. article L. 3262-1 du code du travail pour les titres restaurants ; articles L. 1271-1 et suivants du code du travail pour les CESU. Ces différents titres bénéficient aussi de conditions fiscales et sociales très avantageuses puisqu'ils sont exonérés de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu.

² On parle de « float », mécanisme particulier dont vous avez déjà eu à connaître en matière fiscale – cf. CE 1^{er} octobre 2015, *Société Edenred*, n° 369846, B, concl. E. Crépey

³ Dont 72 millions d'euros à Edenred France et 84,8 millions d'euros solidairement avec Edenred SA

3. En raison de ces caractéristiques particulières, l'affaire pose une première question – que vous avez jugé utile de soumettre aux parties dans le cadre de la communication d'un moyen d'ordre public relatif au champ d'application de la loi – qui est de **savoir si le contrat en litige doit être qualifié de concession ou si, au contraire, il est un marché public.**

On peut en effet hésiter au vu de la nature particulière du contrat en cause, lorsqu'on la rapporte à l'un des critères classiques de définition d'une concession qu'est l'existence d'un transfert de risque au concessionnaire.

Même si, en dépit des efforts des meilleurs auteurs⁴, la notion polysémique de « risque » demeure rétive à une catégorisation trop rigide et que tout contrat, quelle que soit sa qualification, comporte une part de risque qui est le propre des activités économiques, votre jurisprudence a pris soin de préciser qu'un contrat par lequel un acheteur public confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques ne constitue un contrat de concession que s'il transfère un « risque réel » lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service (CE 25 mai 2018, *Sté Philippe Védiaud publicité*, n° 416825, A, ccl. G. Pellissier).

Par « risque réel », il ne faut évidemment pas entendre « risque survenu » ni même « probable » puisque le « risque réel » n'est, dans la plupart des cas, qu'un « risque potentiel ». Le risque réel ne s'apprécie pas non plus seulement à l'aune de son importance ; ce qui compte, pour reprendre les termes de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions, aujourd'hui transposée à l'article L. 1121-1 du code de la commande publique, c'est qu'il implique « *une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable* ». La directive de 2014 le dit dans des termes plus pratiques lorsqu'elle met en avant le concept de « risque d'exploitation » (cons. 18) : il s'agit de savoir si le concessionnaire pourrait ne pas être en mesure « *d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur* ».

Si nous appliquons cette grille de lecture au présent contrat, il nous semble que le risque transféré est, si ce n'est nul, du moins largement insuffisant pour caractériser une concession de service au sens du droit de la commande publique.

⁴ Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, Bibliothèque de droit public, t. 274, LGDJ, 2013 ; voir aussi « *Le risque, les concessions et les marchés* », RFDA 2016, p. 237

En effet, sans même qu'il soit utile de s'arrêter aux stipulations des projets d'accord-cadre litigieux qui prévoient (articles 5.2) que « *le coût du service est réputé englober toutes les charges du prestataire* », il ressort tant des pièces du dossier que du contexte que nous vous avons décrit en introduction que :

- d'une part, le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par la collectivité et que le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés ;

- d'autre part, s'il reste un risque commercial pour ce dernier, tenant à ce que les affiliés seraient en nombre insuffisant pour accepter les titres ou refuseraient les conditions tarifaires liées aux commissions, un tel risque est parfaitement résiduel vu l'organisation du marché, qui est structuré depuis longtemps, alors, au demeurant, que l'incitation à user de leurs titres est très forte pour les bénéficiaires, ce qui est de nature à garantir le maintien d'un solide réseau d'affiliés et donc des commissions qui les accompagnent.

Nous en déduisons que **le contrat litigieux n'entre pas dans la catégorie des concessions**. Même si vous n'y êtes pas tenus, vous pourrez donc expressément écarter le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait méconnu le champ d'application de la loi en faisant application des dispositions du code de la commande publique relatives aux marchés publics.

4. Ceci étant posé, venons-en aux **trois moyens soulevés par le pourvoi** du département de la Loire.

Deux d'entre eux ne vous poseront aucune difficulté.

4.1. Un moyen d'insuffisance de motivation reproche au juge des référés de ne pas avoir précisé les raisons pour lesquelles il a estimé que le manquement du département a été de nature à la dissuader de présenter une offre.

Mais le JRPC a expressément relevé qu'il ressortait des pièces produites que la société avait été « dissuadée de présenter une offre par l'irrégularité de la procédure de passation retenue, après avoir en vain attiré l'attention du département sur la difficulté tenant au choix de cette procédure au regard des montants afférents à chaque lot ».

Cette motivation est plus que proportionnée et le moyen est donc infondé.

4.2. Le département de la Loire soutient aussi que le JRPC aurait **inexactement qualifié les faits en estimant que la société Edenred France avait été lésée par le manquement** qu'il a relevé, alors qu'elle avait été invitée à soumissionner, de telle sorte qu'elle n'avait pas été exclue de la procédure de passation.

Vous avez cependant déjà jugé que le recours erroné à une procédure négociée était susceptible d'avoir lésé une entreprise, y compris s'agissant des lots pour lesquels elle avait été retenue (CE 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, aux T. sur un autre point).

Même si nous sommes ici dans une procédure de gré à gré, nous n'avons pareillement aucun doute quant au fait que le recours irrégulier à une procédure sans publicité ni mise en concurrence peut conduire une société à refuser de candidater, alors même qu'elle a été invitée à remettre une offre. Tel a bien été le cas en l'espèce : la société Edenred s'est émue par écrit auprès du département de l'absence de mise en concurrence et a souligné le risque pénal encouru. On peut donc considérer qu'elle a été dissuadée de concourir par l'irrégularité substantielle (ou qu'elle regardait comme telle en tout cas) affectant la procédure.

Vous écarterez donc ce moyen.

5. Reste le moyen principal du pourvoi, qui peut vous faire hésiter, même si nous vous proposerons de l'écarter.

Il est tiré de ce que le JRPC du TA de Lyon a commis une **erreur de droit en tenant compte, pour apprécier la valeur estimée du besoin de collectivité, de la valeur faciale des titres en cause**, alors que cette valeur n'avait pas vocation à rémunérer le cocontractant pour la prestation fournie, qui consistait à produire et émettre les titres.

Vous l'aurez compris, il s'agit de savoir dans quelle mesure la spécificité de ce type de marché doit être prise en compte pour apprécier ce que l'on appelle couramment « le montant du marché » et, partant, les seuils applicables à la procédure de passation.

5.1. A cet égard, il faut d'abord vous avouer que les textes en vigueur ne nous paraissent pas décisifs, que la jurisprudence est quasi muette et que la doctrine administrative est elle-même partagée.

5.1.1. Ainsi, l'article 5 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 énonce simplement que : « 1. *Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total*

payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur, y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions des contrats, explicitement mentionnées dans les documents de marché. (...) ».

L'emploi du terme « *payable* » ne nous semble pas déterminant et nous n'en retenons seulement, comme le prévoit explicitement le paragraphe 1 de la directive et comme le confirme l'article R. 2121-1 CCP⁵ qui fait pour sa part référence au « *montant total* », que les pouvoirs adjudicateurs doivent inclure dans la valeur de leur besoin des montants qui ne seraient qu'éventuels (tranches, options, primes versées aux candidats,...).

Les autres dispositions réglementaires du code de la commande publique relatives à l'établissement du montant du marché (notamment celles relatives aux marchés de services - article R. 2121-6 du CCP et aux accords-cadres - article R. 2121-8 du CCP)⁶ font écho à cette règle sans toutefois apporter de précision significative.

5.1.2. Ensuite, votre jurisprudence ne nous paraît nullement engagée sur ce sujet : contrairement au pourvoi, nous ne déduisons rien de votre décision CE 3 mars 1995, *Commune de Rombas*, n° 136652, B, qui a jugé que le montant des marchés de maîtrise d'œuvre prévus à l'article 314 *bis* du code des marchés publics de 1964 devait être apprécié en fonction du coût de la prestation, et non du coût de l'opération envisagée car il s'agissait là de dispositions anciennes, sans lien avec le droit communautaire.

5.1.3. Enfin, les administrations compétentes ont des approches variables : après avoir soutenu le contraire⁷, la direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy s'est prononcée dans le sens de l'inclusion de la valeur faciale des titres émis, par une réponse à une question parlementaire⁸ d'abord, puis dans une note du 7 juin 2011⁹. Cette position a été réitérée par l'Agence du numérique, dans une note d'octobre 2019 sur l'achat des « pass Numériques ».

En revanche la commission consultative des marchés des organismes de sécurité sociale

⁵ « *L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés. / Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires.* »

⁶ L'article R. 2121-4 du CCP précise la temporalité de l'appréciation : « *La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur lance la consultation* »

⁷ QE Sénat, n° 06573, JO Sénat du 27 mars 2003

⁸ QE AN, n° 71563, JOAN du 16 février 2010

⁹ selon laquelle : « *le montant payé par le pouvoir adjudicateur correspond à une somme égale au nombre de titres émis multiplié par leur valeur faciale, augmentée des frais de gestion et moyens de rémunération appliqués par l'émetteur ou diminuée de rabais ou autres ristournes consenties grâce aux commissions perçues par l'émetteur sur les enseignes.* »

(CCMOSS) est d'un avis contraire, dans une note en date de 2012 : « la valeur faciale n'est pas une composante du prix d'acquisition des titres restaurant ; elle n'a donc pas à être prise en compte pour le calcul des seuils de procédures applicables ».

5.2. En somme, vous avez presque carte blanche...

En l'absence de textes ou de jurisprudences décisives en la matière, il nous semble qu'un **critère principal et deux critères secondaires doivent vous guider.**

Le critère principal, c'est le respect des finalités de la législation sur les seuils applicables aux marchés publics.

Or, leur finalité fondamentale (leur *ratio legis*), c'est d'assurer la plus grande transparence possible des procédures. Et, dans cette logique, l'objet premier des dispositions du droit de la commande publique sur le calcul de la valeur estimée du besoin ne peut être que de proportionner les exigences de la procédure de passation à l'importance de l'achat envisagé. Il s'agit donc d'abord, nous semble-t-il, d'évaluer la valeur du besoin du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire, la valeur, pour lui, de la prestation commandée.

Les critères secondaires sont, d'une part, le réalisme économique de la méthode retenue et, d'autre part, sa robustesse pratique. Si ces exigences ne découlent, à proprement parler, d'aucun texte, il nous semble en effet qu'elles sont nécessaires pour asseoir l'effectivité du droit et garantir un minimum de sécurité juridique.

Nous vous proposons d'examiner à l'aune de ces critères les trois solutions qui peuvent s'envisager sur le plan théorique.

5.2.1. La première approche, qui est défendue par le département de la Loire, consisterait à ne prendre en compte **que les seules contreparties financières des biens ou services achetés.** En d'autres termes, « la valeur estimée du besoin » n'inclurait pas la valeur faciale des titres de paiement mais seulement les sommes versées à l'entreprise titulaire.

Cette thèse est sous-tendue par une certaine logique économique, envisagée du point de vue de la collectivité publique, qui ne paye *in fine* à son prestataire que le coût du service qu'il lui aura rendu, c'est-à-dire, en l'occurrence, les commissions dont elle devra s'acquitter au titre des frais de gestion. Dans cette perspective, la valeur faciale des titres est effectivement indifférente puisqu'il ne s'agit que de sommes « en transit » auprès du prestataire.

On peut noter, en ce sens, que les sommes versées comme contrepartie des titres ne sont pas soumises à TVA – elles ne sont donc pas, au sens du I de l'article 256 du CGI, des

« livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux ».

Cette thèse nous paraît cependant présenter deux défauts majeurs.

En premier lieu, elle méconnaît totalement les finalités du droit de la commande publique en ayant nécessairement pour effet, au vu des pratiques en matière de commissions d'émission (qui représentent environ 1 % seulement des volumes d'émission de titres) de faire passer la quasi-totalité des marchés de titres de paiement sous la barre de la dispense de procédure.

D'autre part, et au surplus, sur le plan économique, non seulement elle ne prend nullement en compte le caractère biface du marché des titres de paiement¹⁰ mais elle pourrait même devenir inapplicable dans les hypothèses où les montants des commissions d'émission sont nuls – cas qui n'est manifestement pas inenvisageable dans certains contrats.

Il faut donc l'écarter radicalement.

5.2.2. Une seconde approche consisterait à déterminer le montant **en prenant en compte l'ensemble des rémunérations perçues par le prestataire**, y compris donc auprès de tiers.

Cette thèse nous paraît plus réaliste au regard de l'analyse économique du marché : la « valeur estimée du besoin » représenterait alors le chiffre d'affaires que le titulaire pourra en tirer sur toute la durée du marché, ce qui est de nature à mieux refléter la dimension « biface » du marché des titres de paiement.

Elle peut aussi s'appuyer sur l'arrêt de la CJUE du 18 janvier 2007, Jean Auroux (C-220/05), qui a jugé que : « Pour déterminer la valeur d'un marché aux fins de l'article 6 de la directive il convient de prendre en compte la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers ».

Cette décision avait été rendue aux conclusions conformes de l'avocate générale, J. Kokott, qui faisait valoir que les textes communautaires devaient se lire dans une approche

¹⁰ En particulier, l'Autorité de la concurrence note, dans sa décision n° 19-D-25 du 17 décembre 2019 (p. 35) relative aux tickets restaurants que les commissions d'émission ont baissé de 60 % pour Edenred entre 2010 et 2016, alors que les commissions d'acceptation payées par les commerçants ont augmenté. Ce déplacement d'une face vers l'autre, qui ne change rien à la valeur économique des marchés (ou du marché au sens économique) aurait pour effet de réduire graduellement le nombre de marchés publics mis en concurrence si l'on suivait cette thèse.

téléologique visant à faciliter la libre prestation de services dans le marché unique et requéraient donc de se placer du point de vue des entreprises pour déterminer les seuils applicables. Dans cette optique, ce serait le chiffre d'affaires attendu par l'entreprise qui déterminerait le montant retenu par le pouvoir adjudicateur.

Il nous semble toutefois que cette approche n'est pas non plus dépourvue de sérieux défauts.

En premier lieu, nous observons que l'arrêt *Auroux* est resté isolé sur le point débattu ici. Cela nous paraît d'autant mieux se comprendre que, comme nous l'avons dit, la réglementation européenne sur les marchés publics n'a pas, lorsqu'elle définit des seuils de procédure, pour seul objectif que la prise en compte des intérêts des entreprises.

A vrai dire, nous pensons même que, sur ce point précis, ce sont nécessairement les objectifs de transparence de la commande publique qui doivent prévaloir : or, même en ayant une vision complète du chiffre d'affaires de l'entreprise, la méthode envisagée ne dit rien du besoin de la collectivité.

En dernier lieu et en tout état de cause, nous estimons que cette solution, bien que séduisante intellectuellement, est largement impraticable car elle introduirait une forte indétermination dans l'évaluation de la valeur du marché par les acheteurs publics, sur qui reposeraient le soin d'apprécier les données économiques propres non seulement à chaque marché mais aussi à chaque candidat.

En particulier, le montant des commissions dépend de négociations entre le titulaire du marché et ses partenaires privés, auxquelles l'acheteur public n'est absolument pas partie. Or, ces négociations sont, comme votre 7^{ème} chambre peut en témoigner puisqu'elle a eu à mettre en œuvre la procédure prévue par les articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative dans le cadre d'une mesure d'instruction, largement couvertes – et à bon droit – par le secret des affaires.

Tout cela compliquerait singulièrement le mode de calcul du montant du marché pour les pouvoirs adjudicateurs et il y a là un facteur d'incertitude qui nous paraît également condamner la démarche.

5.2.3. Dans ces conditions, nous estimons que l'approche fondée sur une conception globalisante de la valeur estimée du besoin, correspondant à **la valeur faciale totale des titres, complétée par une estimation des frais de gestion à verser par la collectivité**, est non seulement la plus conforme au droit mais aussi la plus solide en pratique.

Elle est en effet compatible avec l'approche de la directive de 2014 et des textes la transposant, qui implique de privilégier les montants les plus élevés quand plusieurs calculs sont possibles. Cette approche peut également se recommander d'une lecture finaliste des dispositions du droit dérivé, dont l'objet est précisément de susciter une large concurrence transnationale dans le marché unique.

Elle ne méconnaît pas le texte de l'article 5 de la directive 2014/24/UE qui fait référence au montant « payable » puisque le montant correspondant à la valeur faciale des titres est effectivement versée par le pouvoir adjudicateur à la société prestataire.

Plus largement, nous croyons devoir souligner qu'elle s'inscrit pleinement dans la logique des autres types de marché public pour lesquels, lorsqu'il s'agit de définir le seuil applicable, nul ne cherche à déterminer préalablement quel sera le chiffre d'affaires exact de la société titulaire.

Sur le plan économique, nous relevons que cette approche a, comme la deuxième du reste, l'avantage d'être neutre par rapport à la structure du marché : la valeur relative des commissions d'émission et d'acceptation ne changent pas la nature de la mise en concurrence.

Enfin, du point de vue de la simplicité, il s'agit de la méthode la plus robuste car elle limite au maximum les incertitudes pour le pouvoir adjudicateur.

Nous sommes certes conscient que cette solution est aussi celle qui conduira à faire rentrer le plus de marchés des collectivités dans le champ des procédures formalisées.

Mais tel nous semble être là la logique profonde du droit de la commande publique, ce à quoi nous ajouterons qu'au vu des décisions récentes de l'Autorité de la concurrence dont nous vous parlions, il est peut-être préférable d'insuffler un excès de concurrence sur le marché des titres de paiement, plutôt que l'inverse.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que c'est sans commettre d'erreur de droit que le JRPC a jugé qu'il appartenait à l'acheteur public d'établir le montant d'un marché de titres de paiement en prenant en compte la valeur faciale totale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, augmentée d'une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles.

Et par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- à ce que le département de la Loire verse à la société Edenred une somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.