



*Direction des études*

Promotion 2007-2009  
« Willy BRANDT »

## « Options d'approfondissement »

Groupe n° 9 :

### **LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC : UN MODÈLE À REPENSER ?**

5 élèves

Février 2009

## RÉSUMÉ DU RAPPORT

La délégation de service public constitue en France un procédé par lequel les collectivités publiques confient à un tiers, le plus souvent privé, l'exécution d'un service public. La faveur dont bénéficie ce mode de gestion et les équilibres juridiques, politiques et économiques qui le sous-tendent ont donné naissance à ce qu'il convient d'appeler un « modèle français de la gestion déléguée ». La notion de « modèle » paraît d'autant plus pertinente que ce procédé bénéficie d'une réelle diffusion chez nos partenaires européens, portée par le savoir-faire d'entreprises françaises dont le rayonnement est aujourd'hui mondial.

Ancien et dynamique, ce modèle paraît cependant fragilisé. La loi Sapin<sup>1</sup>, qui a fait émerger voici quinze ans le régime juridique de la délégation de service public, présente un bilan contrasté. La procédure d'attribution de la délégation a certes gagné en transparence, mais le niveau de concurrence et le rôle des usagers dans le dispositif restent insuffisants.

L'identité-même du modèle semble perdre en lisibilité. En droit interne, les critères permettant de reconnaître la présence d'une délégation de service public et de la distinguer d'un marché public ne sont pas stabilisés. Actuellement, les juridictions s'en remettent à deux critères tantôt concurrents, tantôt complémentaires : l'objet du contrat d'une part (présence d'une mission de service public, existence d'une réelle délégation), le risque supporté par le cocontractant d'autre part. Or, la place accordée à cette notion de « risque » tend à devenir déséquilibrée au regard de l'objet du contrat. A ces hésitations s'ajoutent une instabilité et une fragmentation du droit de la commande publique, que les nombreux contrats globaux récemment créés par le législateur n'ont pas contribué à tempérer.

Pour sa part le droit communautaire étend aujourd'hui son influence sur ce type de contrat. Certains éléments caractéristiques des délégations de service public alimentent la suspicion des autorités européennes. Dans les années récentes, des avancées ont été accomplies dans la reconnaissance de ce procédé, mais celle-ci reste inachevée.

A ces évolutions, s'ajoutent, en dernier lieu, des doutes sur la capacité des collectivités délégantes à maîtriser les enjeux juridiques ou économiques dont la délégation de service public est porteuse, d'autant que les contrôles ou conseils apportés par l'Etat se révèlent insuffisants.

Malgré ces interrogations, le « modèle français de la délégation de service public » conserve sa pertinence et son actualité, au regard notamment de l'importance qu'il accorde à la notion de service public. Pour conforter son dynamisme, le présent rapport propose de le moderniser. Cet exercice passe en premier lieu par une clarification de son cadre juridique. Au plan national, il est proposé de rééquilibrer les critères de définition de la délégation de service public et de sécuriser davantage la procédure de passation à laquelle ces conventions sont soumises. Au niveau communautaire, il s'agira de promouvoir l'adoption d'une directive consacrée aux concessions qui reconnaisse la notion d'« obligations de service public ».

Parallèlement, il conviendra de rendre plus efficace la liberté de choix entre modes de gestion. La question du maintien de la concurrence est ici essentielle. Dans cette perspective les structures de contrôle et de conseil des collectivités publiques gagneraient à être rationalisées et renforcées. La clarification du régime des biens matériels ou immatériels, l'enrichissement du contenu du rapport du délégataire et l'accroissement de la place de l'usager contribueront également à un renforcement du modèle français.

---

<sup>1</sup> 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.

# Introduction

## Première partie : Un modèle de gestion du service public fragilisé

<b>1. L'originalité du modèle français.....</b>	<b>4</b>
1.1 Un recours répandu à la gestion délégée.....	4
1.1.1 La délégation de service public recouvre une pluralité d'outils.....	4
1.1.2 La délégation de service public constitue un mode répandu de gestion des services publics .....	5
1.2 Un environnement juridique et culturel favorable à la gestion délégée.....	5
1.2.1 La liberté de choix entre modes de gestion du service public.....	5
1.2.2 Un compromis entre gestion privée et service public.....	6
1.3 Un modèle modernisé par la loi Sapin.....	7
1.3.1 La loi Sapin a favorisé la transparence.....	7
1.3.2 La loi a également préservé l'originalité de ce modèle.....	8
1.4 Un modèle qui s'exporte à l'étranger.....	9
1.4.1 Un modèle compétitif à l'échelle européenne.....	9
1.4.2 Un modèle porté par des champions nationaux.....	10
<b>2. Un modèle CEPENDANT affaibli par les évolutions du droit national et communautaire.....</b>	<b>11</b>
2.1 Les critères d'identification des délégations de service public ne sont pas stabilisés.....	11
2.1.1 Des incertitudes entourent les critères de l'objet et de la rémunération.....	11
2.1.2 La jurisprudence et la pratique accordent un rôle trop important au critère financier .....	12
2.1.3 Une confusion croissante entre les techniques contractuelles de l'externalisation ..	13
2.2 Le droit communautaire affecte dès à présent les conditions de mise en œuvre des délégations de service public.....	15
2.2.1 Croissant, l'impact du droit communautaire sur les DSP se traduit par l'apparition de nouvelles règles.....	15
2.2.2 L'absence de directive sur les concessions accroît ces incertitudes.....	17
<b>3. DES ENJEUX JURIDIQUES ET FINANCIERS DIFFICILES A MAITRISER POUR LES COLLECTIVITES PUBLIQUES.....</b>	<b>18</b>
3.1 Des enjeux juridiques importants.....	18
3.1.1 Une multiplication des contentieux.....	18
3.1.2 Une pratique délicate pour les collectivités .....	19
3.2 Des enjeux économiques insuffisamment pris en compte.....	20
3.2.1 La mise en concurrence organisée par la loi Sapin a une efficacité économique limitée .....	20
3.2.2 Par ailleurs, les contrats de délégation de service public font peser, par nature, des risques sur le délégant.....	20
3.2.3 La nature oligopolistique des activités de services collectifs locaux accroît les risques de collusion entre opérateurs.....	21
3.3 Des contrôles publics qui demeurent insuffisants.....	21
3.3.1 Les fonctions de contrôle et de conseil mises en œuvre par l'Etat souffrent d'indéniables fragilités.....	22
3.3.2 Un contrôle hétérogène exercé par les collectivités territoriales.....	22
3.3.3 L'usager n'a pas de place effective dans le contrôle des délégations .....	23
<b>1. Préserver l'identité et le régime de la délégation de service public.....</b>	<b>24</b>
1.1 Réaffirmer les spécificités de la délégation de service public au plan national et communautaire.....	24
1.1.1 Au plan national : réaffirmer la centralité de l'objet dévolutif.....	25

<u>1.1.2 Au plan communautaire : promouvoir le modèle de la délégation de service public</u>	<u>26</u>
<u>1.1.3 Admettre un alignement de la procédure de passation des concessions de services sur celle des concessions de travaux.....</u>	<u>27</u>
<u>1.2 Sécuriser le recours aux délégations de service public .....</u>	<u>28</u>
<u>1.2.1 Encadrer la durée des conventions.....</u>	<u>28</u>
<u>1.2.2 Relever le seuil de la procédure simplifiée des délégations.....</u>	<u>29</u>
<b><u>2. Rendre plus effective et plus efficace la liberté de choix entre modes de gestion.....</u></b>	<b><u>29</u></b>
<u>2.1 Favoriser la comparaison et la réversibilité des modes de gestion des services publics</u>	<u>30</u>
<u>2.1.1 Renforcer la logique de mise en concurrence dans la procédure de passation.....</u>	<u>30</u>
<u>2.1.2 Crédibiliser le retour en régie.....</u>	<u>31</u>
<u>2.2 Renforcer l'environnement concurrentiel des délégations de service public .....</u>	<u>32</u>
<u>2.2.1 Surveiller les marchés pour limiter les ententes et abus de position dominante. ....</u>	<u>32</u>
<u>2.2.2 Limiter la concentration des entreprises dans les secteurs concernés par des délégations de service public.....</u>	<u>33</u>
<u>2.2.3 Favoriser la concurrence dans la sous-traitance.....</u>	<u>33</u>
<u>2.2.4 Exclure, à ce stade, une mise en concurrence pour l'entrée au capital des SEM....</u>	<u>34</u>
<b><u>3. Rénover le contrôle et le suivi des DSP.....</u></b>	<b><u>35</u></b>
<u>3.1 Perfectionner les contrôles de l'Etat sur les contrats de délégation de service public....</u>	<u>35</u>
<u>3.1.1 Le contrôle de légalité exercé par les préfectures sur les délégations de service public doit être rationalisé.....</u>	<u>35</u>
<u>3.1.2 Renforcer les contrôles financiers externes sur les délégations de service public...36</u>	<u>36</u>
<u>3.2 Encourager et mieux encadrer les contrôles des collectivités territoriales sur leurs délégataires.....</u>	<u>36</u>
<u>3.2.1 Les clauses obligatoires des contrats de délégations de service public doivent être étendues 36</u>	
<u>3.2.2 La place des rapports annuels dans le contrôle des délégations de service public doit être renforcée.....</u>	<u>37</u>
<u>3.2.3 L'Etat doit améliorer ses fonctions de conseil aux collectivités locales en matière de délégation de service public .....</u>	<u>38</u>
<u>3.3 Le rôle des usagers doit être conforté pour asseoir le contrôle des délégations de service public 38</u>	
<u>3.3.1 L'information des usagers sur les délégations de service public doit être améliorée aux niveaux local et national.....</u>	<u>38</u>
<u>3.3.2 Les voies d'action contentieuses doivent être réformées.....</u>	<u>39</u>

## INTRODUCTION

La délégation de service public consiste, pour une collectivité publique, à confier à un tiers, généralement privé, la gestion d'un service public. Le cocontractant de l'administration est alors investi de la gestion opérationnelle du service public ; il prend à sa charge les investissements rendus nécessaires par le déploiement du service et assume, en lieu et place du délégant, les risques associés à son exploitation. Ce procédé, auquel fut historiquement associé le contrat de concession et qui admet, nous le verrons, plusieurs variantes, constitue un mode privilégié de gestion des services collectifs locaux.

Dynamique, la gestion déléguée du service public totalise un chiffre d'affaires d'au moins 20 milliards d'euros et emploie plus de 140 000 personnes<sup>2</sup>. Son poids est donc majeur dans l'économie française. Cependant les usagers plébiscitent moins qu'avant ce type de gestion. En 2008, seul un Français sur trois exprimait une préférence pour la gestion déléguée<sup>3</sup>.

Si la France est régulièrement saluée pour la qualité de ses services publics locaux, des interrogations nombreuses visent le modèle français de gestion déléguée au point de le fragiliser.

Le manque de concurrence effective entre opérateurs privés, le contrôle parfois défaillant des collectivités délégantes ou le rôle limité accordé aux usagers portent atteinte au compromis entre gestion privée et service public qu'autorisent en théorie les conventions de délégation de service public. De ce point de vue, la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », qui encadre depuis quinze ans ce procédé dévolutif, semble atteindre ses limites.

De plus, le droit communautaire peine à reconnaître les spécificités rattachées à notre pratique nationale alors même qu'elle se développe chez nombre de nos partenaires européens.

Ces enjeux légitiment une analyse renouvelée par les collectivités publiques de la délégation de service public.

Dans cette perspective, le présent rapport, consacré à la délégation contractuelle du service public, examine l'originalité du modèle français et évalue les fragilités auxquelles il se trouve actuellement exposé (*Première partie*).

Il formule, en conséquence, des préconisations visant à actualiser la notion et le régime de la délégation de service public (*Deuxième partie*). Cette modernisation passe par une clarification du cadre juridique national et communautaire, une effectivité plus grande de la liberté de choix entre modes de gestion et enfin une rénovation des contrôles et du suivi des contrats opérés par l'Etat et les collectivités délégantes.

---

<sup>2</sup> Données 2004 correspondant à la gestion privée des services publics de l'eau, des déchets, du chauffage urbain, des transports collectifs et des parcs de stationnement, MEEDDAT.

<sup>3</sup> Baromètre BVA-IGD sur les services publics locaux et la gestion déléguée, février 2008.

# PREMIÈRE PARTIE

## UN MODÈLE DE GESTION DU SERVICE PUBLIC FRAGILISÉ

La France se distingue par une **forte tradition d'intervention du secteur privé dans la gestion de ses services publics**. L'équilibre entre gestion privée et service public qu'autorise la gestion déléguée et le poids dominant qu'elle occupe dans la fourniture de service collectifs locaux façonnent l'originalité du modèle français. Modernisé par la loi Sapin, ce modèle reste compétitif à l'échelle européenne et internationale et résiste à l'influence de modèles concurrents (1.). Malgré cette vitalité, la délégation de service public voit son identité aujourd'hui affaiblie par les évolutions du droit national et communautaire (2). Elle est également porteuse d'enjeux juridiques et financiers difficiles à maîtriser pour les collectivités délégantes (3).

### 1. L'ORIGINALITÉ DU MODÈLE FRANÇAIS

Les trois ressorts de cette originalité tiennent à :

- la place qu'occupe le secteur privé dans la gestion des services publics locaux,
- un environnement juridique et culturel favorable à la gestion déléguée,
- la diffusion à l'international du savoir-faire français.

#### 1.1 Un recours répandu à la gestion déléguée

##### 1.1.1 La délégation de service public recouvre une pluralité d'outils

Apparue avec la loi Sapin, la délégation de service public 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 d'exploitation du service* »<sup>4</sup>. Elle regroupe ce faisant une pluralité d'outils, inspirés de la concession et utilisés de longue date par les collectivités publiques françaises.

##### LES TROIS PRINCIPAUX TYPES DE CONTRATS INCLUS DANS LA DSP

- **La concession de service public** : *la collectivité confie à un tiers la gestion opérationnelle d'un service public. Le concessionnaire prend en charge l'ensemble des investissements. Il exploite ce service à ses « frais et risques », dans le respect d'un cahier des charges, et se rémunère directement ou indirectement auprès des usagers*<sup>5</sup>.

- **L'affermage** : *contrairement à la concession, le délégataire ne réalise pas les travaux de premier établissement, le contrat pouvant toutefois prévoir que tout ou partie des travaux d'entretien, de renouvellement ou d'extension lui incomberont. Il est fréquent qu'une convention d'affermage suive une concession venue à échéance. Sa durée est généralement réduite (7 à 12 ans en moyenne contre 15 pour la concession). La mise à disposition des ouvrages a pour contrepartie une redevance versée par le fermier à la collectivité délégante (« surtaxe d'affermage »)*.

- **La régie intéressée** : *le délégataire est chargé par contrat d'entretenir les relations avec les usagers du service, mais il est rémunéré par la collectivité. Les collectivités y recourent pour minimiser le solde négatif d'un service dont les charges ne peuvent couvrir les produits. Dans ce type de contrat, la rémunération comporte une part fixe ainsi qu'un élément variable lié aux performances de gestion.*

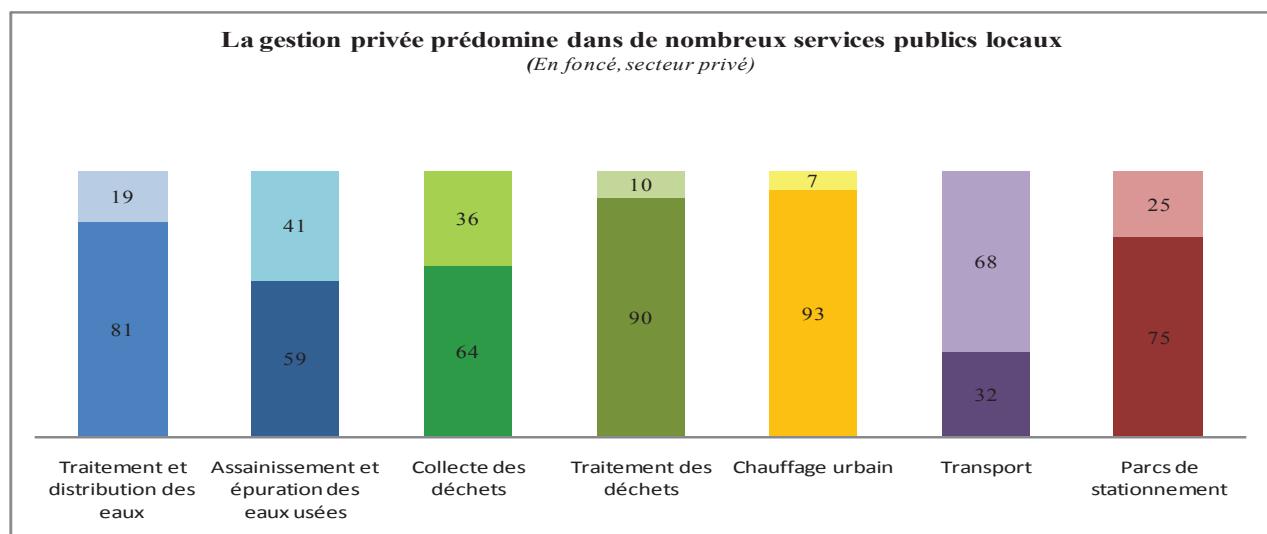
<sup>4</sup> Définition introduite par la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi « Murcef ».

<sup>5</sup> Concl. Chardenet sur CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*.

## 1.1.2 La délégation de service public constitue un mode répandu de gestion des services publics

Si le recours à la gestion déléguée a pu varier selon les époques, il représente toutefois une **constante de l'histoire administrative française**<sup>6</sup> et permet la réalisation de nombreuses infrastructures. Il faut citer par exemple le canal du Midi et la construction de réseaux collectifs au XIX siècle (fer, gaz, électricité, tramways). Il a répondu à l'émergence de nouveaux besoins collectifs (enlèvement d'ordures, distribution d'eau potable).

Il faut constater la **vigueur qui caractérise aujourd'hui la gestion déléguée**. L'annonce récente, par certaines collectivités, d'une reprise en régie de leurs services publics, comme l'a fait Paris en matière d'eau, ne tempère guère ce constat. La délégation de service public prédomine dans cinq catégories majeurs de services collectifs locaux : l'eau, les déchets, la distribution d'énergie en réseau, le stationnement et le transport urbain.



Source : MEEDDAT (*Données 2006, à paraître*).

## 1.2 Un environnement juridique et culturel favorable à la gestion déléguée

L'essor en France de la gestion déléguée a été favorisé par deux facteurs principaux : la liberté conférée aux collectivités publiques dans le choix du mode de gestion de leurs services publics et le  **compromis culturel entre gestion privée** (principe libéral) et **service public** (principe républicain) qu'autorise le système de la concession.

### 1.2.1 La liberté de choix entre modes de gestion du service public

*Cette liberté est protégée par la Constitution*

La liberté de choix entre gestion directe et gestion déléguée relève du pouvoir réglementaire d'organisation du service public. Pour l'Etat, elle résulte des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution, fondant la compétence exclusive du pouvoir réglementaire pour « pourvoir, par toutes les mesures appropriées, à l'organisation des services publics »<sup>7</sup>. La nature administrative ou industrielle et commerciale du service en cause n'interfère pas dans cette liberté de principe. De même, l'existence d'une offre privée propre à satisfaire les besoins publics n'impose aucune externalisation. Si l'Etat est libre de « satisfaire, par ses propres moyens, aux

<sup>6</sup> Comme le relève la thèse de Xavier Bezançon, *Essai sur les contrats et travaux de services public*, LGDJ, 1999.

<sup>7</sup> CE, 24 janvier 1973, *Syndicat national des conseillers du développement agricole*.

besoins de ses services »<sup>8</sup>, il l'est aussi de déléguer à un tiers la gestion de certaines activités. Pour les collectivités territoriales, cette liberté de choix – bien antérieure aux lois de décentralisation - est un élément de leur libre administration et du pouvoir réglementaire local, reconnus par l'article 72 de la Constitution. Comme pour l'Etat, la détermination du mode de gestion d'un service public constitue une question d'opportunité (CE, 4 mai 1906, *Babin*) à l'égard de laquelle le juge n'exerce qu'un contrôle restreint.

#### *Une liberté aux restrictions limitées*

Contrairement à l'Espagne, à l'Italie ou à l'Allemagne, la France ne dispose d'aucune liste des activités délégables. Toutefois, **certaines activités sont**, du fait de leur nature ou par détermination de la loi, **insusceptibles d'une telle externalisation** et doivent être directement exercées par la personne publique<sup>9</sup>. Celles exclues par nature, le sont en raison de leur caractère jugé régalien. Il s'agit, par exemple, de la police administrative<sup>10</sup> ou de la surveillance des établissements pénitentiaires<sup>11</sup>. L'obligation de recourir à un mode de gestion déterminé peut résulter pour d'autres activités de la volonté du législateur : les communes doivent ainsi confier les services publics relevant des centres communaux d'action sociale ou de la caisse des écoles à des établissements publics locaux. Inversement, l'exploitation d'un casino ne peut être assurée en régie.

Toutefois, le fait que certains services ne soient pas délégables dans leur intégralité n'exclut pas que des éléments de ces services puissent être délégués. Dans le cas du service public de l'éducation, la restauration scolaire est délégable, mais la surveillance des enfants pendant le temps de repas ne l'est pas. Ces situations se retrouvent en matière de service public hospitalier<sup>12</sup> ou de police administrative. La distinction, au cas par cas, de fonctions détachables des missions de souveraineté, permet une **divisibilité des activités publiques** particulièrement favorable au développement de la gestion déléguée.

### **1.2.2 Un compromis entre gestion privée et service public**

#### *Les avantages attendus de la gestion privée*

Aucune étude objective n'a permis d'attester de la supériorité de la gestion privée d'un service public sur la gestion en régie. Toutefois, **trois bénéfices** sont attendus de la gestion déléguée au secteur privé : l'externalisation des charges d'investissement et de fonctionnement du service délégué, un environnement de gestion plus incitatif qu'en univers public, enfin la possibilité de disposer d'une offre globale (conception, construction et exploitation étant intégrées et optimisées) réduisant les coûts de transaction pour la collectivité publique.

Quand l'activité confiée à un opérateur privé présente les caractéristiques d'un monopole naturel (transports, énergie, communications, services d'environnement), le système de la concession présente également l'avantage d'organiser une mise en concurrence régulière des opérateurs portant sur l'attribution de droits d'exploitation exclusifs et temporaires du service en cause. On parle généralement de « **concurrence pour le marché** »<sup>13</sup>, par opposition à la « concurrence dans le marché », qui caractérise normalement les activités marchandes. L'analyse économique a pu confirmer<sup>14</sup>, que dans ces secteurs, la concurrence permanente entre opérateurs

<sup>8</sup> CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*.

<sup>9</sup> CE, avis de la section de l'Intérieur, 7 octobre 1986.

<sup>10</sup> CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnau-d'Oléron* ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*.

<sup>11</sup> Avis CE, Section de l'Intérieur, 13 novembre 1986.

<sup>12</sup> Dans les hôpitaux, la restauration des malades n'est pas délégable, étant considérée comme un accessoire du service public de la santé, tandis que la restauration du personnel ou la blanchisserie peuvent être délégués.

<sup>13</sup> Cette notion de « concurrence pour le marché » est empruntée à l'anglais Edwin Chadwick.

<sup>14</sup> Stéphane Saussier, Anne Yvrande-Billon, « Auction Procedures and Competition in Public Services »,

offre de moins bons résultats qu'une mise en concurrence périodique telle qu'elle est organisée par la concession.

### *Le maintien de garanties pour le service public*

Aux arguments économiques évoqués plus haut s'ajoute une faveur « culturelle » pour la gestion déléguée. Libérale dans son essence, elle représente en effet un modèle d'externalisation compatible avec le maintien d'un contrôle public. Le procédé concessif est perçu depuis plus d'un siècle comme **un moyen de « faire-faire » sans « laisser-faire »**. La collectivité peut intervenir dans le fonctionnement du service public délégué<sup>15</sup>. Si les pouvoirs de gestion du service sont conférés au délégataire, le pouvoir d'organisation du service reste attaché au délégant.

Par conséquent, **le contrat concessif constitue un acte mixte**, incluant des clauses contractuelles (durée de la concession et avantages consentis) et des clauses réglementaires (tarif, continuité du service....). Les premières peuvent être modifiées par l'autorité délégante, usant du pouvoir de mutabilité contractuelle, sous réserve d'indemnisation du concessionnaire. Quant aux clauses réglementaires, elles représentent le règlement d'exécution du service public et fixent les conditions dans lesquelles le concessionnaire devra s'acquitter de sa mission, notamment les modalités de ses rapports avec les usagers. Ces derniers ainsi que les tiers peuvent invoquer ces clauses pour obtenir l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir des décisions du concédant les méconnaissant ou refusant de contraindre le concessionnaire à s'y conformer<sup>16</sup>. Par ailleurs, ces clauses sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*).

## 1.3 Un modèle modernisé par la loi Sapin

### 1.3.1 La loi Sapin a favorisé la transparence

La loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République emploie pour la première fois l'expression « contrat de délégation de service public » définissant des conditions procédurales à la passation de ces contrats. Avec la loi Sapin cette évolution sera parachevée. Applicable aux collectivités locales comme à l'Etat et à ses établissements publics, ce texte définit un régime juridique complet et exhaustif, complété par les lois du 2 et 8 février 1995<sup>17</sup>. Ce régime est détaillé ci-dessous.

#### L'ENCADREMENT DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC APRÈS LA LOI SAPIN<sup>18</sup>

##### \* TRANSPARENCE DANS LA PHASE DE PASSATION :

- **Obligation de mise en concurrence**, consistant en des formalités de publicité ainsi qu'en une présélection des candidats et des offres par une commission d'ouverture des plis. Celle-ci se prononce sur la liste des candidats admis à présenter une offre, transmet aux soumissionnaires un document de consultation définissant les caractéristiques techniques des prestations attendues, et rédige un rapport sur les offres émanant des candidats. Ces deux étapes (sélection des offres, sélection des candidats), bien qu'a priori distinctes, peuvent être réalisées simultanément.<sup>19</sup>.

- **Maintien de l'intuitus personae** : une fois rendu l'avis de la commission, l'autorité responsable engage en toute liberté des négociations avec les entreprises, sa décision finale pouvant s'écartier des conclusions de la commission.

---

Public utilities 2009.

<sup>15</sup> CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*.

<sup>16</sup> CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et des contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*.

<sup>17</sup> Loi 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, Loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

<sup>18</sup> Codifié aux articles L. 4111-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

<sup>19</sup> CE, 15 décembre 2006, *Corsica Ferries*.

- Intervention d'une **commission consultative des services publics locaux** et, le cas échéant, du **comité technique paritaire**, se prononçant sur le projet de gestion déléguée.

- Intervention des **assemblées délibérantes** en amont, sur le principe de toute délégation de service public local, et en aval, sur le choix du délégataire et sur le contrat de délégation.

\*

#### **ENCADREMENT DU CONTENU DU CONTRAT :**

- **Limitation de la durée des conventions**, en fonction de la durée d'amortissement des investissements. Proscription de la prolongation des conventions par reconduction tacite.

- **Interdiction des droits d'entrée** : les clauses prévoyant la prise en charge par le délégataire de l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation doivent être justifiées et sont interdites dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets.

\*

#### **SUIVI ET CONTRÔLE DES CONVENTIONS :**

- **Renforcement des contrôles externes** : transmission de la convention au préfet dans un délai de quinze jours, création d'un référé précontractuel et d'un déféré suspensif, droit d'enquête sur pièce et sur place des magistrats des juridictions financières auprès des entreprises délégataires. Dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets les contrats de délégation doivent par ailleurs être soumis à un examen préalable du trésorier payeur général, lorsque la durée de la délégation dépasse 20 ans. Enfin, le préfet peut transmettre les conventions de délégation de service public à la CRC pour examen, qui doit rendre son avis sous 1 mois.

- **Mise en place d'infractions pénales** : concussion (432-10 CP), corruption passive et trafic d'influence (432-11 CP), prise illégale d'intérêts 432-12 et 432-13 CP), délit de favoritisme, atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les délégations de service public, autrement appelé délit de favoritisme (432-14 CP)

- **Obligations d'information auprès du public** : i) le délégataire doit produire chaque année, avant le 1er juin un rapport « comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service ». Le contenu de ce rapport, à l'origine très lacunaire, a été précisé par le décret du 14 mars 2005<sup>20</sup>; ii) le maire doit présenter chaque année un rapport à l'assemblée délibérante.

### **1.3.2 La loi a également préservé l'originalité de ce modèle**

Cette originalité a été consacrée en **confirmant la distinction entre marchés publics et concessions** et en **préservant la place de la négociation** dans la procédure de passation.

#### *La distinction entre marché public et concession*

La loi Sapin a exonéré les contrats inspirés de la pratique concessive d'une soumission au code des marchés publics. Consacrant deux régimes juridiques différents, le législateur a ce faisant érigé deux notions bien distinctes. D'un côté, le marché public, qui consiste en l'achat par l'administration des moyens nécessaires à son action, ces moyens étant constitués de biens, de fournitures ou de services. D'autre part, la délégation de service public qui constitue fondamentalement l'externalisation d'une activité de service public par voie de dévolution contractuelle.

#### *Le rôle important de la négociation*

<sup>20</sup> Décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local.

D'autre part, la loi a préservé au bénéfice des délégataires une **discréption certaine dans le choix de leurs délégataires**, renvoyant à l'idée d'une **relation *intuitu personae***. Une relation de confiance doit en effet s'instaurer entre les parties pour que l'équilibre atteint entre qualité du service, modération du tarif et viabilité économique perdure au-delà des aléas que connaîtra son exécution. Ainsi, contrairement aux marchés publics, une large place est laissée à la négociation avec les candidats : l'exécutif n'est pas tenu de définir des critères de sélection *ex ante* tandis que l'avis de la commission d'ouverture des plis n'est pas contraignant. L'exécutif a la possibilité d'engager une négociation avec le candidat sélectionné par ses soins - en conformité ou non avec l'avis de la commission consultative d'ouverture des plis - ou avec plusieurs candidats lorsqu'aucun n'a été clairement départagé par la procédure de sélection des offres. De surcroît cette négociation peut concerner tous les aspects du contrat et conduire à modifier les offres initialement présentées afin de satisfaire aux exigences posées par le règlement de consultation.

## 1.4 Un modèle qui s'exporte à l'étranger

Fortes d'une pratique éprouvée et d'un cadre juridique renouvelé, les DSP françaises connaissent un regain d'intérêt au sein de l'Union européenne. Elles favorisent l'expansion de grands groupes dont certains sont devenus de véritables « champions nationaux ».

### 1.4.1 Un modèle compétitif à l'échelle européenne

Le modèle français de gestion privée du service public a longtemps constitué un modèle minoritaire en Europe. Concurrencée par la tradition « municipaliste » de gestion directe des services collectifs, dominante pendant plus d'un siècle en Allemagne ou au Royaume-Uni, la concession ne se retrouvait guère qu'en Belgique, en Espagne ou en Italie. Il faut attendre les années 1980 pour que la suprématie du modèle de gestion directe soit remise en cause (voir annexe n° 7).

Depuis lors, l'**Europe enregistre une intervention croissante du secteur privé dans la gestion des services publics**. Si le modèle municipal prédomine encore dans certains pays (Allemagne, pays nordiques), l'intervention d'opérateurs privés se développe à travers deux modèles de gestion privée aujourd'hui concurrents : **le modèle français et le modèle britannique**.

En apparence, le modèle de référence est le modèle anglais de « financement de projet », inspiré de la *Project Finance Initiative* et qui consiste, pour les administrations à confier le préfinancement, la construction et la gestion d'une infrastructure et des services techniques associés à un opérateur privé. Le partenaire n'exploite pas l'infrastructure ni le service public dont elle est le support et se rémunère exclusivement auprès de la personne publique.

S'il faut reconnaître le dynamisme de ce modèle, il convient de souligner **l'intérêt porté simultanément au système français de délégation de service public**, qui fait l'objet d'adaptations en fonction des traditions locales et de la place accordée aux services publics. Les Britanniques eux-mêmes se sont inspirés du modèle français lorsqu'au début des années 1980 ils souhaitèrent privatiser le secteur des transports urbains et ferroviaires ainsi que celui des déchets. Ils ont ainsi recouru à des contrats, qualifiés de « *franchise bidding* », très proches de notre système de concession. En effet, dans le cadre de ces conventions, les opérateurs privés négocient avec un régulateur sectoriel un droit d'exploitation exclusif remis en concurrence à intervalle régulier (6 à 8 ans). Au-delà de l'exemple britannique, la délégation d'activités publiques inspirée du modèle français s'est étendue dans certains pays d'Europe centrale, comme la Pologne, la Hongrie, la Bulgarie et la Slovaquie.

Que les Etats retiennent le modèle concessif français ou le modèle britannique de PFI, l'**ouverture des services publics à la gestion privée bénéficie** en tout état de cause aux **entreprises hexagonales**.

### 1.4.2 Un modèle porté par des champions nationaux

#### *Des entreprises de référence dans les services collectifs urbains*

Les secteurs concernés par la DSP ont vu le développement d'entreprises majeures, qui sont devenues de véritables « champions » français à l'international. Certaines entreprises forment des **groupes multi-compétences**, notamment *Suez environnement* et *Véolia*, qui à eux deux gèrent 62 % des services de l'eau et 59 % des activités de collecte et de traitement des déchets en France. En 2007, le chiffre d'affaires hexagonal de ces deux groupes dépassait respectivement 12 et 32 milliards d'euros. En province, *Véolia transport* exploite 18 % des réseaux de transport collectif urbain. Quant à *Transdev*, filiale de la *Caisse des dépôts et consignation* et *Kéolis*, filiale de la *SNCF*, elles gèrent à elles deux plus de la moitié des réseaux délégues en province. Le groupe *Vinci* exploite 46 % des parcs de stationnement public.

La taille et l'efficacité acquises par les opérateurs français tiennent à plusieurs facteurs, qu'il reste délicat de hiérarchiser :

- un environnement juridique favorable à la gestion déléguee,
- un régime de passation des contrats longtemps non-encadré,
- un partage historique de zones géographiques entre opérateurs,
- l'existence d'économies d'échelle interaggloérations,
- l'exploitation d'économies de gamme liées à l'exercice de plusieurs métiers proches,
- le maintien d'une capacité élevée d'innovation technologique,
- enfin, le rachat d'opérateurs indépendants, non soumis au contrôle de concentration par les pouvoirs publics<sup>21</sup>.

#### *Des groupes présents et compétitifs à l'international*

Les grands opérateurs français occupent une **place de premier rang sur les marchés mondiaux**. A titre d'exemple, *Veolia Environnement* est leader mondial des services de l'eau, de la gestion des déchets, leader européen des services énergétiques et premier opérateur privé de transport public. Pour tous ces grands groupes, la part du chiffre d'affaires réalisée hors de France est élevée, à l'image de :

Suez Environnement :	60 % (7,2 milliards d'euros)
Veolia Environnement :	56 % (17,9 milliards d'euros)
Vinci :	35 % (10,7 milliards d'euros)

L'expansion hors de France de ces groupes multi-services tient indéniablement à leur savoir-faire technologique. Quant à la nature des offres émises par ces opérateurs sur les marchés étrangers, la suspicion d'une forme de *dumping* persiste dans certains secteurs (l'eau, principalement). Aucune étude comparative fiable n'est actuellement disponible sur ce sujet.

<sup>21</sup> Voir par exemple le rachat par Veolia de la société RUAS (qui opérait principalement dans l'Hérault, les Cévennes et le Gard) en décembre 2007.

## **2. UN MODELE CEPENDANT AFFAIBLI PAR LES EVOLUTIONS DU DROIT NATIONAL ET COMMUNAUTAIRE**

Eprouvé, le modèle de la DSP connaît cependant une certaine remise en cause. D'une part, les fragilités entourant sa définition sont sources d'une insécurité juridique préjudiciable à sa pratique. D'autre part, l'attention croissante portée à cet outil par les institutions communautaires interroge ses fondements et ses modalités de mise en œuvre.

### **2.1 Les critères d'identification des délégations de service public ne sont pas stabilisés**

Pour reconnaître un contrat comme étant une délégation de service public, le juge vérifie en premier lieu quel est **l'objet du contrat** avant d'examiner **ses paramètres financiers**, révélateurs du risque effectivement supporté par le partenaire de l'administration. Pour la plus grande insécurité des praticiens, ces critères ont perdu en lisibilité.

#### **2.1.1 Des incertitudes entourent les critères de l'objet et de la rémunération**

*Un objet du contrat désormais difficile à appréhender*

Le juge recherche successivement la présence du service public et l'existence réelle d'une délégation. Ces critères présentent toutefois une imprécision croissante.

S'agissant de **l'existence d'une mission de service public**, les éléments traditionnellement recherchés par le juge sont aujourd'hui moins opérants qu'hier. Dans son arrêt *Narcy*, le Conseil d'Etat avait posé trois conditions pour que l'activité d'une personne privée soit un service public : l'existence d'une activité ayant un objet d'intérêt général, le contrôle par une personne publique et la détention de prérogatives de puissance publique<sup>22</sup>. Or, la présence d'un intérêt général n'est plus déterminante puisque, aux termes de la décision *UGC Ciné-Cité*, elle ne conduit plus nécessairement à la présence d'un service public<sup>23</sup>. Il en va de même de l'existence d'obligations mises à la charge du partenaire privé, une personne publique pouvant rendre une personne privée sujette à des obligations en l'absence même de service public<sup>24</sup>. S'agissant de la détention par la personne privée de prérogatives de puissance publique, elle n'est plus nécessaire à la reconnaissance du caractère de service public de l'activité gérée par le partenaire privé<sup>25</sup>.

En ce qui concerne **l'existence réelle d'une délégation**, celle-ci suppose normalement la création préalable du service par la personne publique. Or, des confusions sont nées d'interprétations précipitées des jurisprudences récentes du Conseil d'Etat. La décision *Commune d'Aix-en-Provence*<sup>26</sup> ayant admis l'existence d'un service public même sans intention préalable de la personne publique, certains commentaires ont pu croire que cette intention ne jouerait plus comme un critère déterminant dans le cas des DSP. Ce ne semble pas être le cas : en réalité, l'intention de la personne publique, matérialisée par la création préalable du service, a vocation à demeurer un critère obligatoire pour identifier une délégation de service public.

*Un mode de rémunération et de partage des risques de plus en plus aléatoire*

---

<sup>22</sup> CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*.

<sup>23</sup> CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*.

<sup>24</sup> Ainsi en est-il de la plupart des subventions accordées par les pouvoirs publics, souvent couplées avec des obligations à respecter par le bénéficiaire de l'aide.

<sup>25</sup> CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association « Melun-Culture-Loisirs »* ; CE, 22 février 2007, *APREI*.

<sup>26</sup> CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*.

Pour sa part, le critère de la rémunération du cocontractant ne joue plus le rôle clarificateur qui fut le sien au cours des années 1990. En l'absence de définition législative de la DSP, le juge s'était alors servi de ce critère comme d'un critère « défensif », permettant de préserver la distinction entre marchés publics et délégations de service public.

Dans un premier temps, il caractérisa ainsi la délégation de service public par l'existence d'une rémunération du cocontractant « *substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » (CE, 15 avril 1996, *Prefet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*). Admettant implicitement que la rémunération du délégataire puisse provenir d'autres sources que l'usager, cette formule assez souple permettait de dépasser le critère de l'origine de la rémunération (la redevance perçue sur l'usager) qui prédominait antérieurement (CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*). Toutefois cette formulation n'était qu'une étape et annonçait en fait un autre critère, celui du transfert des risques financiers de l'exploitation. Aussi le Conseil d'Etat précisa-t-il qu'il ne suffisait pas que la rémunération du cocontractant soit proportionnelle à son volume d'activité pour qu'il y ait DSP, encore fallait-il que cette rémunération fasse peser sur lui un véritable aléa (CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*).

Ce glissement du critère de la rémunération vers celui du risque d'exploitation ne fut pas explicitement entériné par le législateur puisque la définition de la DSP résultant de la loi MURCEF n'a repris que les termes de la jurisprudence de 1996 à travers l'expression « *rémunération [...] substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ». Or, l'on peut avoir une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation sans pour autant qu'il y ait risque financier pour l'exploitant. Ainsi en est-il des contrats de régie intéressée qui garantissent au cocontractant une rémunération minimale couvrant ses charges d'exploitation mais prévoient aussi une rémunération complémentaire proportionnelle à ses résultats. Dès-lors, la définition législative de la délégation de service public a entretenu une insécurité juridique. A supposer que le critère déterminant soit bien le « risque d'exploitation », reste par ailleurs à clarifier le seuil de caractérisation du risque d'exploitation et son assiette de calcul.

Les évolutions jurisprudentielles récentes atténuent encore la clarté du critère de rémunération et autorisent des DSP à paiement presque exclusivement public<sup>27</sup>.

## 2.1.2 La jurisprudence et la pratique accordent un rôle trop important au critère financier

Ce critère financier occupe une place déséquilibrée dans le travail d'identification des contrats de délégation de service public. Il tend à devenir un critère principal voire exclusif et non plus un critère ultime de distinction des contrats. *A contrario*, le caractère de service public de l'activité tend à être largement admis. De même, l'examen d'un réel transfert de gestion et de mécanismes de contrôle du cocontractant par l'administration tend à être éludé.

### *Une situation porteuse d'effets pervers*

Plusieurs contradictions juridiques résultent de la surpondération du critère financier. Premièrement, l'origine des ressources du cocontractant est devenue une cause de qualification du contrat alors qu'elle n'en est au départ qu'une conséquence. Ensuite, les clauses de pénalité et les clauses incitatives admises par le code des marchés publics peuvent générer pour le cocontractant une variabilité telle que le marché public soit requalifié en DSP. Par ailleurs, un doute pèse dorénavant sur la légalité de certaines clauses de « rendez-vous » destinées à réévaluer les tarifs car elles tendent à réduire l'incertitude financière des délégataires de service public. Or ces clauses sont admises par la jurisprudence et même préconisées par certains contrats types, comme celui de l'affermage dans le secteur de l'eau.

<sup>27</sup> Voir, par exemple, CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*.

Ce critère financier impose au juge d'analyser des **données financières et économiques** qui ne cessent de gagner en **complexité**. L'appréciation des charges réelles liées à l'exécution du service public et l'évaluation de la capacité de mutualisation des risques entre contrats dont peut disposer le cocontractant reposent sur des méthodes non consensuelles.

Enfin, le critère du risque se retourne finalement contre la DSP qu'il avait eu, au cours des années 1990, l'intention de protéger. Il conduit, en effet, à soustraire des catégories entières de contrats du champ de la loi Sapin. Ce constat peut valoir pour les contrats d'affermage, répandus dans les domaines de l'eau, de la collecte ou du traitement des déchets et pour lesquels le risque d'exploitation est limité. De même, les collectivités pourraient être tentées de requalifier les conventions de DSP conclues avec le secteur associatif dans les domaines récréatifs, culturels, sanitaires et sociaux au motif que les activités ainsi confiées au cocontractant sont déficitaires et que ces contrats prévoient des subventions d'équilibre. L'application du critère financier provoque ainsi **un « exode de ces contrats » vers le code des marchés publics** alors même que ces derniers n'ont pas pour objet de confier à un tiers la gestion d'un service public.

*Un critère dont la validité historique et théorique n'est pas assurée*

Outre son manque de permanence et son interprétation difficile, **le critère du risque fait aujourd'hui l'objet d'une remise en cause théorique**. Depuis les années 1990, le juge français considère que le risque d'exploitation résulte de la variabilité de la rémunération du cocontractant. Si la rémunération du partenaire public ou privé est certaine, il est alors présumé que celui-ci n'assume pas l'exploitation à ses « risques et périls ». Or des dispositifs permettent de garantir la rémunération des cocontractants (garanties de recettes, d'emprunt, renégociations...) sans pour autant faire disparaître tout risque dans la gestion de l'exploitation du service. De surcroît, l'existence d'un risque supporté par le cocontractant caractérise autant la concession qu'un marché public, ce qui ôte à ce critère sa spécificité. Ainsi, **le critère de la rémunération** ne parvient **ni à garantir l'homogénéité de la catégorie** qu'il vise à constituer, **ni à traduire une différence significative** entre les DSP et les marchés qu'il a pour fonction de distinguer.

En fait, le lien établi entre variabilité de la rémunération et existence d'un risque d'exploitation procède d'une réinterprétation historique de la jurisprudence relative aux concessions. Lorsqu'il avait à connaître de contrats concessifs, le juge estimait que dans l'hypothèse de charges nouvelles, le concessionnaire ne pourrait pas systématiquement compenser celles-ci par une augmentation des recettes, en raison de la nature du contrat. Le délégataire supportait ainsi un risque de dépense. Or un glissement s'est produit dans l'acception du risque par le juge, le risque ne se limitant plus seulement au déficit mais intégrant également l'hypothèse d'une absence de bénéfice. Progressivement, les notions de concession et de risque furent ainsi juxtaposées et le lien logique qui les unit changea de nature : au lieu d'être la conséquence de la qualification du contrat, l'existence d'un risque en devint la cause.

### **2.1.3 Une confusion croissante entre les techniques contractuelles de l'externalisation**

*L'apparition récente des contrats de partenariat*

L'ordonnance du 17 juillet 2004 a introduit en France les **contrats de partenariat**, inspirés du programme britannique de *Private Finance Initiative*. Ces contrats consistent, pour une personne publique à confier à un tiers les missions de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance de ses bâtiments et ouvrages, le tiers assumant également les prestations de services annexes dont ces ouvrages sont le support, en contrepartie d'une rémunération annuelle forfaitaire couvrant les charges d'investissement et de fonctionnement. Officiellement, ces contrats visaient à combler le vide présumé entre les marchés publics et les délégations de service public, en autorisant le transfert de la maîtrise d'ouvrage à la personne

privée et les paiements différés. Cette innovation contractuelle fut précédée d'une efflorescence de contrats globaux, occupant une place intermédiaire entre les marchés publics et les délégations de service public<sup>28</sup>. Ces contrats ont une filiation non dissimulée avec les défunts « marchés d'entreprises de travaux publics ».

En première analyse, l'objet de ce contrat diffère de la DSP, puisque les contrats de partenariat n'ont pas pour objet principal de confier à un tiers l'exploitation même des services publics attachés à l'immeuble construit. Cependant, **la frontière entre DSP et contrat de partenariat peut s'avérer ambiguë**. En effet, l'ordonnance précise que le cocontractant peut être chargé de l'« exploitation » de l'infrastructure. Cette mention pose problème dans les cas où il est difficile de distinguer clairement l'exploitation ou la maintenance de l'infrastructure et l'exploitation du service public dont l'infrastructure ou l'équipement est le siège<sup>29</sup>. De même, l'administration peut confier à son partenaire d'autres missions de « prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ». Or, la distinction entre les missions de service public et les services y concourant reste délicate.

#### *Une confusion croissante entre DSP et marchés de service public*

La subtilité des règles présidant à l'identification des délégations de services publics, notamment l'importance accordée à la structure de la rémunération du cocontractant, a favorisé le développement de solutions « iconoclastes », qualifiées par certains de « **marchés de services publics** »<sup>30</sup>. Ceux-ci sont apparus aux yeux des collectivités comme une « valeur refuge » d'autant plus aisée à mettre en œuvre que les prestations sur lesquelles ils portent relèvent le plus souvent de la procédure adaptée, quel que soit le montant du marché.

Cette pratique **altère la nature essentielle du marché public** qui n'a pas pour objet premier de confier à un tiers l'exploitation opérationnelle d'un service public (CE 1956 *Epoux Bertin*). Aux termes du code des marchés publics, un marché public a pour seul objet de répondre aux besoins exprimés par les pouvoirs adjudicateurs, notamment pour donner aux services publics dont ces derniers ont la charge les moyens de leur fonctionnement. Mais en faisant passer au second plan le critère de l'objet dans la distinction entre délégation de service public et marché public, le juge a involontairement toléré une conception élargie des marchés publics, permettant de confier à un tiers la gestion d'un service public. Dans sa décision du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, certains estiment que le Conseil d'Etat a pris acte de cette pratique très courante en affirmant que les collectivités publiques pouvaient, aux fins de confier la gestion d'un service public à un tiers, conclure « *un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération du cocontractant n'est pas实质iellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service* ».

La confusion entre délégation de service public et « marché de service public » est aujourd'hui d'autant plus vive que ces derniers sont soumis à un corpus juridique hybride qui emprunte au code des marchés publics comme à la loi Sapin. La consultation du comité technique paritaire ou de la commission consultative des services publics locaux leur paraît ainsi applicable. Il en est de même de toutes les règles, budgétaires, fiscales ou administratives inhérentes au service public.

<sup>28</sup> Depuis la fin des années 1980, plus de sept nouveaux contrats dits globaux, à assise domaniale ou à vocation sectorielle, se sont en effet juxtaposés en droit français : bail emphytéotique administratif (BEA) assorti de conventions d'exploitation non détachables, autorisation d'occupation temporaire accompagnée d'un contrat de location-vente (AOT-LOA)...

<sup>29</sup> Le problème peut notamment se poser dans les secteurs des routes, des télécommunications ou du traitement des déchets ou de l'eau.

<sup>30</sup> David Moreau, *Les marchés de service public – Un nouveau mode de gestion des services publics*, Le Moniteur, 2005.

## **2.2 Le droit communautaire affecte dès à présent les conditions de mise en œuvre des délégations de service public**

### **2.2.1 Croissant, l'impact du droit communautaire sur les DSP se traduit par l'apparition de nouvelles règles.**

Le droit communautaire **a longtemps ignoré la gestion déléguée du service public**, à l'exception de la réglementation des **concessions de travaux**, fixée dès 1989<sup>31</sup>. La Commission européenne et la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) se sont concentrées sur d'autres priorités dans les premières phases de réalisation du marché intérieur. Par ailleurs, les États-membres se sont régulièrement opposés à toute initiative de la Commission de nature à encadrer strictement les recours à la concession.

*La loi Sapin a permis à la France de préserver la spécificité de la délégation de service public*

Corollaire de l'achèvement du marché intérieur, l'évolution de la position des autorités communautaires sur la question de la gestion des services publics, au début des années 1990, annonçait un encadrement plus strict des modalités de passation des conventions de délégation de service public. Face à cette évolution, consacrée notamment par l'adoption des **directives relatives aux marchés publics**<sup>32</sup>, la France a tenté de préserver son modèle de gestion déléguée. Si la loi Sapin a eu pour objet principal la « *prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques* », on ne peut s'empêcher d'y voir également une tentative d'anticipation sur la réglementation européenne visant à préserver une pratique contractuelle, la délégation de service public, en l'encadrant par des procédures de publicité et de mise en concurrence plus strictes que celles du droit communautaire<sup>33</sup>. Ainsi, jusqu'au début des années 2000, les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la loi Sapin étaient plus rigoureuses que les règles communautaires encadrant les concessions.

*Depuis peu, le droit communautaire impose aux délégations de services publics de nouvelles contraintes*

D'une part, la notion globale de concession a été définie dans la directive 2004/18/CE<sup>34</sup> comme une catégorie de marché public, dans laquelle « *la contrepartie des prestations consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (article 1 de la directive 2004/18/CE). Les **concessions de services** (catégorie englobant la majorité des délégations de service public en France) sont **exclues du champ d'application de la directive**<sup>35</sup>. Les concessions de travaux y sont, quant à elles, encadrées par un régime juridique spécifique<sup>36</sup>, désormais légèrement plus strict que les obligations procédurales contenues dans la loi Sapin. La publicité des critères de sélection y est notamment rendue obligatoire.

D'autre part, la Cour de justice applique le **droit communautaire primaire** aux concessions, dès lors que ces dernières concernent une activité économique<sup>37</sup> susceptible

<sup>31</sup> Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989.

<sup>32</sup> Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 et directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

<sup>33</sup> Le contenu des travaux préparatoires est significatif à cet égard.

<sup>34</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

<sup>35</sup> Directive 2004/18/CE, article 17.

<sup>36</sup> Directive 2004/18/CE, titre III.

<sup>37</sup> Les activités de nature économique sont définies largement par la CJCE comme toute activité consistant à fournir des biens et services sur un marché donné.

d'affecter les échanges intracommunautaires. Dans l'arrêt *Telaustria*<sup>38</sup> la Cour estime que les entités adjudicatrices concluant des concessions sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier<sup>39</sup>. Ce principe implique une obligation de transparence consistant à garantir un degré de publicité adéquat, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

Dans une série d'arrêts ultérieurs<sup>40</sup>, la Cour de Luxembourg a été amenée à préciser le régime juridique des concessions :

- le juge européen ne qualifie pas les concessions de service public au sens des droits nationaux, mais vérifie si ces contrats répondent à la définition des concessions de service issues des directives européennes ;
- les concessions sont soumises aux règles et principes fondamentaux des traités, sauf en cas de « contrat in house »;
- si le principe de transparence n'implique pas nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offres<sup>41</sup>, « *l'absence totale de mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics (...) n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence* »<sup>42</sup>.

La Commission européenne a accompagné cette évolution de la jurisprudence<sup>43</sup>.

*L'application du droit de la concurrence aux concessions menace potentiellement les délégations de service public*

**L'intervention des autorités communautaires ne se limite pas à l'application des principes de non-discrimination et de transparence.** Les développements récents de la jurisprudence et les communications de la Commission témoignent d'une application croissante du **droit de la concurrence** aux concessions, sur le terrain de l'abus de position dominante<sup>44</sup> (articles 81 et 82 TCE) et sur celui des aides d'État (articles 86 et 87 TCE). Cette extension du droit communautaire de la concurrence fait peser une insécurité juridique sur les délégations de service public, en raison de la nature des règles applicables (jurisprudence, communications, décisions et encadrements). Le contrôle des aides d'État illustre ce problème : ni la jurisprudence *Altmark*<sup>45</sup>, ni le paquet Monti-Kroes<sup>46</sup> n'ont apporté de sécurisation pérenne aux subventions accordées aux délégataires.

#### DE LA JURISPRUDENCE ALTMARK AU PAQUET « MONTI-KROES »

<sup>38</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags, Telefonadress GmbH*, aff. C-324/98.

<sup>39</sup> Articles 43 et 49 TCE.

<sup>40</sup> CJCE, ord. 30 mai 2002, *Buchhändler Vereinigung*, aff. C-358/00 CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, aff. C-231/03 et CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03.

<sup>41</sup> CJCE, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, déjà cité

<sup>42</sup> CJCE, *Parking Brixen GmbH*, déjà cité

<sup>43</sup> Communication interprétative de la Commission n° 2000/C 121/02 du 12 février 2000, relative aux concessions en droit communautaire, JOCE du 29 avril 2000.

<sup>44</sup> CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova Spa*, C-179 / 90.

<sup>45</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00.

<sup>46</sup> Décision 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005, JOUE n° L 312/47, encadrement communautaire du 28 novembre 2005, JOUE n° C 297/04, directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005, JOUE n° L 312/47.

En droit communautaire, les compensations versées par une collectivité publique à un délégataire soumis à des obligations de service public sont encadrées par les articles 86 et 87 du traité, relatifs aux aides d'État.

Les conditions posées par la jurisprudence Altmark étant restrictives, la plupart des compensations versées dans le cadre des DSP sont aujourd'hui constitutives d'aides d'État<sup>47</sup>.

Deux pratiques courantes dans le cadre de la délégation de service public posent aujourd'hui problème au regard du droit communautaire :

- un problème réel, concernant le versement de compensations en cours d'exécution du contrat, sans définition exhaustive préalable des paramètres de calcul ;

- un problème potentiel, concernant les modalités de fixation du montant des compensations versées, ce-dernier n'étant pas déterminé au regard de standards de bonne gestion mais au terme d'une négociation entre la collectivité délégante et le délégataire.

Contrairement à l'évolution amorcée par la Commission après l'arrêt Altmark<sup>48</sup>, le paquet Monti-Kroes fait du critère de la définition préalable des paramètres de calcul de la compensation une condition de compatibilité de l'aide versée par la collectivité publique. Un effort non négligeable est donc demandé aux collectivités délégantes afin d'établir à l'avance les modalités de la compensation de service public.

En ce qui concerne le critère de proportionnalité posé par l'arrêt Altmark, le paquet Monti-Kroes laisse ouvert le débat de l'appréciation de l'efficacité des services publics. En l'état actuel du droit communautaire, rien n'interdirait en effet à la Commission de procéder à l'*« analyse des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport »* pour déterminer si l'aide versée par la collectivité est compatible – ou non – avec le traité. Si la Commission n'entend pas procéder à ce type d'analyse *« au stade actuel de développement du marché intérieur* <sup>49</sup>*»*, la possibilité entrouverte par l'arrêt Altmark de contrôler de manière plus rapprochée l'efficacité des services publics n'est probablement pas refermée à tout jamais.

## 2.2.2 L'absence de directive sur les concessions accroît ces incertitudes.

Le cadre juridique européen fait peser des doutes sur les délégations de service public.

D'une part, l'encadrement des concessions en droit communautaire relève essentiellement d'un régime de *soft law*<sup>50</sup> ; les règles dégagées par la Commission ont une applicabilité d'autant plus incertaine et inégale que la Commission européenne n'a ni la volonté ni les moyens de contrôler la passation de chaque délégation d'activité publique. Il résulte de cette situation actuelle une forte insécurité juridique :

- quant à l'interprétation qu'aura la Commission des notions liées à la passation (*« degré de publicité adéquat »*) ou au financement (le paquet Monti-Kroes ne sécurise pas totalement le mécanisme des surcompensations) des délégations de service public ;
- quant à l'évolution de la jurisprudence communautaire, susceptible de dégager de nouvelles obligations procédurales découlant du droit primaire ; à cet égard, le droit communautaire des concessions ne semble pas encore stabilisé ;
- quant à la requalification potentielle des contrats de délégation de service public du fait de l'attractivité exercée par des formes contractuelles dont le régime de passation est plus encadré en droit communautaire (les marchés publics<sup>51</sup>, les

<sup>47</sup> Voir en ce sens la circulaire de la DGCL du 4 juillet 2008.

<sup>48</sup> Voir notamment la décision 2004/339/CE du 15 octobre 2003 sur les mesures en faveur de la RAI SpA, J.O, n° L 119/1, 23 avril 2004.

<sup>49</sup> Encadrement 2005/C-297/04, point 8.

<sup>50</sup> A l'exception des modalités de passation des concessions de travaux.

<sup>51</sup> L'attractivité de la notion de marché public résulte de l'acceptation large de la notion de prix au sens de la directive 2004/18/CE, ainsi que d'une interprétation maximaliste de la jurisprudence *Altmark*, conduisant à

concessions de travaux). Ce risque pourrait inciter les collectivités délégantes à recourir de façon inappropriée à la procédure de marché public.

D'autre part, les tentatives de clarification apportées par les autorités européennes sur la question de la gestion des services publics locaux<sup>52</sup> sont parcellaires, à l'image du droit dérivé qui **multiplie les régimes juridiques applicables** (concessions de travaux, concessions de services, concessions en matière de transport encadrées par le règlement OSP<sup>53</sup>).

Plus encore, en l'absence de droit positif des concessions au niveau communautaire, les **initiatives sectorielles** de certaines directions générales vont à l'encontre de la logique concessive. Ainsi en est-il des conditions posées pour l'octroi de certains fonds européens (voir notamment les programmes opérationnels environnement 2007-2013)<sup>54</sup>.

L'incomplétude du droit dérivé et les incertitudes générées par l'application du droit primaire sont ainsi renforcées par la dimension sectorielle de l'action de la Commission européenne, résultant de l'organisation en tuyaux d'orgue de l'institution.

Dans ce contexte, il apparaît nécessaire d'élaborer un instrument communautaire de droit positif, définissant la nature et les principes fondamentaux de la concession de services d'utilité publique.

### **3. DES ENJEUX JURIDIQUES ET FINANCIERS DIFFICILES A MAITRISER POUR LES COLLECTIVITES PUBLIQUES**

Outre les incertitudes entourant la notion, **la pratique des DSP** fait apparaître certaines limites. En premier lieu, l'abondance des voies de recours contentieuses est source d'insécurité juridique pour les acteurs. Par ailleurs, les spécificités liées aux contrats de DSP et les limites de la loi Sapin en matière de mise en concurrence conduisent à un équilibre économique souvent sous-optimal. Enfin, les faiblesses des contrôles exercés tant par les collectivités publiques que par les usagers dessinent des marges de progression significatives.

#### **3.1 Des enjeux juridiques importants**

##### **3.1.1 Une multiplication des contentieux**

Depuis quinze ans, l'évolution du régime jurisprudentiel des contrats administratifs ainsi que les dispositions propres à la loi Sapin ont débouché sur un **élargissement du contentieux** des conventions de DSP. Cette dynamique se manifeste sous trois formes.

###### *Un élargissement de l'accès au prétoire*

Le contentieux des contrats concessifs repose sur deux piliers. En premier lieu, le contentieux de la responsabilité contractuelle entre le concédant et le concessionnaire – et dernièrement ouvert aux candidats évincés<sup>55</sup> - engagée sur le terrain de la faute, l'absence de faute ouvrant également droit à l'indemnisation du cocontractant dans le cas de circonstances

---

sécuriser les compensations versées en recourant à une procédure de marché public.

<sup>52</sup> Voir notamment le livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final.

<sup>53</sup> Règlement n° 1370/2007/CE du Parlement européen et du conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) N° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, JOUE n° 315/1, 3 décembre 2007.

<sup>54</sup> Voir par exemple les programmes opérationnels de la République tchèque ou de la Roumanie.

<sup>55</sup> CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation.

exceptionnelles<sup>56</sup>. A ce recours de pleine juridiction s'ajoute, pour les tiers, les recours pour excès de pouvoir relatifs aux actes détachables du contrat<sup>57</sup> et à ses clauses réglementaires<sup>58</sup>. Plus récemment, de nouveaux acteurs se sont vus reconnaître un accès privilégié au contentieux des délégations: le préfet, par la voie du déféré préfectoral, et les candidats évincés qui peuvent, avant la conclusion du contrat, exercer un référé précontractuel.

#### *Une multiplication des motifs d'annulation*

La superposition de ces voies de recours alliée à la nature essentiellement formelle des obligations posées par la loi Sapin font peser sur le contrat une menace tangible d'annulation. Les différents stades de son existence sont sujets à risque, qu'il s'agisse de la phase préalable à sa conclusion (référé précontractuel), de celle qui la suit immédiatement (déféré préfectoral, théorie des actes détachables, du recours de plein contentieux des candidats évincés...) ou encore de toutes les étapes de son exécution (responsabilité contractuelle, action en annulation).

#### *Une extension de la portée des annulations contentieuses*

L'action en nullité contre le contrat, formée à l'occasion d'un recours de plein contentieux<sup>59</sup>, engendre également une insécurité juridique que le juge et le législateur s'efforcent désormais de dissiper. En effet, cette voie d'action, qui constitue un moyen d'ordre public, peut revêtir des conséquences particulièrement lourdes puisque le juge peut prononcer la nullité des clauses litigieuses, voire du contrat tout entier. Le délai de prescription longtemps fixé à 30 ans a été ramené à 5 ans par la loi du 17 juin 2008<sup>60</sup>. Il fait peser un risque d'annulation plusieurs années après la conclusion du contrat.

### **3.1.2 Une pratique délicate pour les collectivités**

#### *Des incertitudes juridiques de plus en plus nombreuses*

**Une fois admise la présence d'une délégation de service public, surgissent à leur tour des incertitudes tenant à la passation et au régime de la délégation.** S'agissant de la passation, des interrogations persistent quant à la notion de « durée normale d'amortissement » des biens d'investissement, laquelle sert de référence au calcul de la durée de la concession<sup>61</sup>, ou à la notion de « publication spécialisée » adéquate pour réaliser l'appel public à concurrence<sup>62</sup>. Quant à l'exécution, la différence reste ténue entre une modification de l'économie générale du contrat - qui légitime le recours à un avenant – et un bouleversement de l'équilibre du contrat - qui invalide le recours à un avenant et conduit celui-ci à être requalifié en nouveau contrat<sup>63</sup>.

#### *Le respect scrupuleux de l'ensemble des procédures est coûteux pour les collectivités*

<sup>56</sup> Voir par exemple CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes* pour le cas de force majeure ou CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* pour l'imprévision.

<sup>57</sup> CE, 4 août 1905, *Martin*.

<sup>58</sup> Décision *Croix de Seguey Tivoli* précitée ; CE Ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*.

<sup>59</sup> CE, 14 décembre 1988, *EPA d'aménagement de la Ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*.

<sup>60</sup> Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

<sup>61</sup> Article L. 4111-2 CGCT ; cf. les jurisprudences contraires CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Société des crématoriums de France*, CAA Nantes, 5 novembre 2008, *Commune de Chartres*.

<sup>62</sup> TA Bordeaux, ord., 10 décembre 2008, *DB Mobility logistics AG*.

<sup>63</sup> Voir par exemple TA Dijon, 5 janvier 1999, *Denis Roycourt et Association Auxerre Ecologie c/ Commune d'Auxerre et Société Lyonnaise des Eaux* ; CAA Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*.

Cette **démultiplication des contraintes** est une **source de coûts pour les collectivités** et notamment les plus petites, qui peuvent être amenées à renoncer à recourir à une délégation de service public. Il existe certes une procédure simplifiée introduite par la loi du 8 août 1994, qui dispense la collectivité délégante de mettre en place une commission d'ouverture des plis pour la présélection des candidatures et des offres et qui simplifie le régime d'appel public à concurrence, les délais et les modalités de vote de l'assemblée délibérante. Mais cette procédure reste réservée aux délégations dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 106.000 € ou à 68.000 € pour les conventions d'une durée inférieure à 3 ans<sup>64</sup>.

## **3.2 Des enjeux économiques insuffisamment pris en compte**

### **3.2.1 La mise en concurrence organisée par la loi Sapin a une efficacité économique limitée**

L'impact concurrentiel de la loi Sapin peut s'analyser sous l'angle de l'évolution des prix pratiqués, de la durée des contrats, de l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises ou du changement de délégataire lors du renouvellement des contrats (voir annexe n°3).

Dans le secteur de l'eau, le régime de mise en concurrence a permis une plus grande maîtrise des prix des délégations. Les délégations renouvelées en 2007 ont été marquées par une baisse moyenne de 5 % des prix par rapport aux contrats précédents. De plus, la diminution de la durée moyenne des contrats se confirme passant de 13,7 à 11,3 ans<sup>65</sup>. En revanche, la **répartition des contrats entre les trois principaux groupes privés** présents dans ce secteur n'est pas fondamentalement modifiée et seule une procédure sur dix environ aboutit à un changement de délégataire - ce qui atteste d'un avantage au délégataire sortant. Plus préoccupante est la présence d'une seule offre pour un tiers des procédures. Ces tendances se retrouvent dans la gestion des déchets et dans celui des transports urbains. Ainsi, une étude publiée en janvier 2009<sup>66</sup> révèle qu'en province, 60 % des procédures de délégation d'un réseau de transport n'ont qu'un seul candidat. Quant au nombre moyen de candidats par procédure, il diminue continument depuis 1993.

### **3.2.2 Par ailleurs, les contrats de délégation de service public font peser, par nature, des risques sur le délégant**

Depuis une trentaine d'années, les contrats publics ont fait l'objet d'un **examen renouvelé par la théorie économique**. Baptisés « économie néo-institutionnelle », ces travaux insistent sur les problèmes de coûts de transaction, de spécificité des actifs et d'incomplétude des contrats propres aux délégations de service public. Peu diffusés en France, ils permettent pourtant d'éclairer trois problèmes particuliers aux contrats de délégations de service public.

#### *Un contrat incomplet*

Les incertitudes entourant la spécification du service et l'état futur de la demande et des technologies disponibles, font du contrat de délégation de service public un **contrat « incomplet »** dans son essence, ouvrant la voie à des renégociations potentiellement coûteuses pour les parties au contrat. Cette situation peut inciter les délégataires à exiger *ex ante* du délégant une plus forte rémunération pour remplir le service en raison de l'incertitude qui pèse sur celui-ci. Peuvent également en résulter des situations d'**antisélection**, c'est-à-dire le choix d'un candidat déraisonnablement optimiste sur les conditions futures d'exploitation : c'est ce que l'on appelle la « malédiction du vainqueur ». Une autre forme d'antisélection procède de

<sup>64</sup> Article L. 1411-12 CGCT ; cf. aussi Rép. Min. n° 45347, JOAN 14 décembre 2004.

<sup>65</sup> Rapport de l'Observatoire loi Sapin sur le déroulement des procédures de DSP d'eau et d'assainissement, 2004, Ministère de l'environnement.

<sup>66</sup> Stéphane Saussier, Anne Yvrande-Billon, *op. cit.*

l'opportunisme des candidats qui cherchent à tirer parti des failles résultant de l'incomplétude des contrats. Cet opportunisme peut se retrouver dans la phase d'exécution du contrat. En effet, le délégataire n'est pas dupe du manque de crédibilité des sanctions pouvant le viser réellement, d'autant qu'une rupture dans la fourniture du service en cas de conflit pourrait être coûteuse politiquement pour le délégant.

#### *Asymétrie d'information et spécificité des actifs*

Le délégataire accumule, lors de l'exécution du contrat, un stock de connaissances techniques, économiques et juridiques ainsi qu'un savoir-faire constitutifs d'une « **rente informationnelle** », représentant un avantage à la fois sur les délégants et sur ses concurrents potentiels. Faute de partage adéquat de l'information, le partenaire privé est tenté de conserver au maximum les gains de productivité qu'il a réalisés et de transférer le maximum de risques au délégant. Il essaiera également, d'abuser de son monopole temporaire, en majorant les coûts affichés pendant l'exécution du contrat (coûts officiels lui permettant de faire jouer les clauses de révision et d'indexation des prix) par rapport aux coûts effectivement supportés. A l'encontre de ses concurrents, il aura de surcroît développé des avantages considérables : meilleure connaissance du marché et des coûts, meilleure formation du personnel, meilleure technologie. L'économiste américain Olivier Williamson parle de « **transformation fondamentale** ». Le délégataire sera en mesure de fournir le service à un coût moindre que ses concurrents potentiels tout en se préservant une marge confortable : c'est l'absence de contestabilité du marché<sup>67</sup>.

### **3.2.3 La nature oligopolistique des activités de services collectifs locaux accroît les risques de collusion entre opérateurs**

#### *Des structures de marchés propices aux ententes*

Présentant les caractéristiques de monopoles naturels et d'activités à rendements d'échelle croissants, les services collectifs locaux se distinguent **structurellement** par **l'existence de barrières à l'entrée**. Le nombre de candidats potentiels restant limité, ceux-ci peuvent être tentés de s'entendre sur le prix de leurs offres ou sur leurs propositions de spécification du service ou de la prestation. Les **ententes** peuvent également porter sur le partage des marchés entre candidats. Dans tous les cas, le développement d'ententes compromet le but premier de la mise en concurrence, à savoir l'efficacité économique, puisqu'il se traduit par des inefficacités sociales : l'entreprise qui l'emporte n'est pas nécessairement la mieux disante, le service retenu n'est pas le plus adapté aux besoins du consommateur et l'autorité publique paie la prestation plus cher qu'elle ne devrait.

#### *Des sanctions importantes prononcées par le Conseil de la Concurrence*

Bien que les ententes soient toujours difficile à identifier, le conseil de la concurrence (voir annexe n°8) est parvenu dans les années récentes à mettre en évidence une collusion entre trois entreprises de transport urbain (lignes régulières et ramassage scolaire), prononcé une sanction correspondant à 5% de leur chiffre d'affaires. Dans le secteur de l'eau, il a exigé le démantèlement d'une filiale commune à *Véolia* et *Suez* faussant la réalité de la mise en concurrence des délégations<sup>68</sup>.

## **3.3 Des contrôles publics qui demeurent insuffisants**

<sup>67</sup> L'économiste William Baumol, fondateur de la notion, qualifie un marché contestable comme un marché sur lequel les entreprises peuvent entrer et sortir librement et sans coût.

<sup>68</sup> Décision n°02-D-44 du 11 juillet 2002 ; Décision n°05-D-38 du 5 juillet 2005.

### **3.3.1 Les fonctions de contrôle et de conseil mises en œuvre par l'Etat souffrent d'indéniables fragilités**

#### *Un contrôle de légalité peu effectif*

Ce manque d'effectivité procède en premier lieu d'une retenue des préfets<sup>69</sup>, qui hésitent d'autant plus à déférer les délégations de service public qu'elles représentent des enjeux très importants pour les élus locaux. Les services de contrôle de légalité concentrent leur examen sur la procédure de passation et la qualification du contrat. Le **manque d'expertise des agents** de préfecture pose un problème particulier dès lors que l'analyse des délégations nécessite des compétences solides en matière de finances et de comptabilité privée. La coopération entre les services préfectoraux et les services de la trésorerie est insuffisante.

#### *Des fonctions de suivi et de conseil peu développées*

Aucun organisme public ne dispose d'un état des lieux statistiques sur les délégations passées chaque année. L'observatoire économique de l'achat public (OEAP), créé en 2005, et qui relève du ministère des finances, dispose d'une base de données sur les contrats de la commande publique, à l'exception des DSP et des contrats de partenariats. Seul le MEDDAT recueille de manière régulière des informations statistiques sur les délégations de service public, dans le domaine des services collectifs urbains.

Il convient également de souligner les **faiblesses des fonctions de conseil en matière de DSP**. La Mission d'Appui à la réalisation des Partenariats Publics Privés (MAPPP) a un champ de compétences qui exclut les délégations de service public. La direction des affaires juridiques du ministère des finances assure de son côté une fonction de conseil en matière de délégation de service public, mais uniquement à destination de l'administration centrale et des établissements publics. La DGFIP dispose également d'un pôle de conseil qui s'adresse aux collectivités territoriales et aux services déconcentrés de l'Etat mais en priorité dans le domaine des marchés publics. Pour ce qui concerne les délégations en matière d'eau et d'assainissement, la fusion des DDA et des DDE aboutit dans les faits à un affaiblissement de l'expertise disponible au niveau local. Dans ces conditions, le conseil aux collectivités locales reste essentiellement l'apanage de cabinets d'avocat et de conseil prospérant sur la complexité administrative.

### **3.3.2 Un contrôle hétérogène exercé par les collectivités territoriales**

#### *Des moyens de conception et de suivi sous-calibrés au regard de leurs pouvoirs formels*

Cette situation caractérise en particulier les **petites collectivités**. Face aux groupes dominants dans le secteur des services collectifs, les élus et fonctionnaires territoriaux de ces collectivités disposent de peu de moyens pour pallier l'asymétrie d'information avec leur partenaire privé. Ces collectivités ne font pas systématiquement appel à des assistances à maîtrise d'ouvrage. Les raisons les plus souvent invoquées sont le coût de ces prestations et les difficultés à trouver des prestataires indépendants des grands groupes délégataires. Fort de ce constat, l'Association des Maires de France (AMF) et la Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies (FNCCR) ont créé en 1995 une association, *Service Public 2000*, chargée de conseiller les collectivités territoriales en matière de délégation de service public. De fait, cette structure, si elle a acquis une réelle expertise en la matière, dispose encore aujourd'hui de moyens insuffisants pour répondre aux besoins des collectivités locales.

Dans les **collectivités de taille plus importante**, il faut également relever l'**inégale importance des moyens mobilisés** par les élus locaux pour s'assurer la maîtrise de leurs DSP.

---

<sup>69</sup> Rapport sur l'organisation du contrôle de légalité. Mission d'audit de Modernisation. 2007.

Les cellules de contrôle des délégations dans les principales villes de France comprennent entre 2 et 20 agents.

#### *Un défaut de suivi qui contraste avec les enjeux financiers des délégations*

Au-delà des questions de moyens, l'intensité des contrôles exercés par la collectivité est dans les faits, fortement dépendante de la **volonté des élus locaux** de rééquilibrer les relations avec le délégataire. Malgré la diminution des marges financières des collectivités territoriales, il apparaît que l'attention des élus reste concentrée sur des objectifs de qualité du service rendu, au détriment de la notion d'efficience et du contrôle financier.

Ce manque d'attention des élus à l'égard des conséquences financières a été souligné à maintes reprises par les **chambres régionales des comptes**. L'analyse des avis et rapports d'observations produits depuis 2002 permet de constater un meilleur respect des procédures de dévolution par les collectivités locales, contrebalancé par des déficiences sérieuses en matière d'équilibre des clauses financières des conventions et de contrôle des délégataires.

Les CRC observent des durées de contrat excédant la durée normale d'amortissement des installations. Par ailleurs les risques encourus par le délégataire sont très atténus, voir inexistant, alors que l'exploitation aux risques et périls du délégataire constitue l'un des principes de l'économie de la délégation de service public. Les CRC ont ainsi relevé la persistance de subventions d'équilibre d'exploitation, ou de clauses de garanties sur les recettes. Les chambres relèvent également l'insuffisance des dispositions contractuelles ou leur non application : les comptes d'exploitation prévisionnels sont parfois dépourvus de tout mécanisme d'amortissement et les inventaires des biens sont souvent incomplets, voir absents.

Le dernier élément relevé par les CRC tient au défaut de contrôle par l'autorité délégante. Les chambres constatent régulièrement l'absence ou le retard de transmission du rapport annuel au délégant, qui comporte en outre des informations lacunaires. Les comptes d'exploitation accompagnant ces rapports font parfois état de provisions pour renouvellement des équipements qui ne sont pas justifiées ou de dépenses étrangères à l'objet de la délégation. Ces comportements des opérateurs sont facilités par les insuffisances des contrôles et la rare application des sanctions prévues par les contrats de délégation de service public.

### **3.3.3 L'usager n'a pas de place effective dans le contrôle des délégations**

Les **usagers** sont en théorie représentés dans la **commission consultative des services publics locaux**. Dans les faits toutefois, cette commission n'est pas toujours réunie ni même constituée ; lorsqu'elle l'est, sa consultation reste essentiellement formelle. Quant aux recours contentieux devant le juge administratif ou judiciaire, les résultats qui peuvent en être escomptés - annulation du contrat ou indemnisation d'un préjudice civil - incitent rarement les usagers à s'en prévaloir, au regard, notamment, du coût d'une procédure juridictionnelle.

Il faut souligner également l'**inefficacité des voies de recours collectives** ouvertes aux consommateurs sur le terrain judiciaire par le code de la consommation : l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives, l'action en intervention volontaire devant les juridictions civiles et l'action en représentation conjointe. Les trois premières ne permettent que la réparation d'un préjudice collectif et sont donc inadaptées pour réparer les préjudices individuels. La quatrième, qui permet aux particuliers de demander à une association agréée d'agir en leur nom par mandat ne fonctionne pas en pratique du fait de la lourdeur administrative qu'implique la gestion des mandats individuels et des règles très restrictives visant la publicité de l'appel aux victimes. Le rôle des associations de consommateurs s'en trouve d'autant réduit.

## DEUXIÈME PARTIE

### REVITALISER LA DSP: VERS UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE SERVICE PUBLIC ET GESTION DÉLÉGUÉE

Qu'il s'agisse de démontrer le dynamisme du modèle français de délégation de service public ou de mettre en évidence ses limites, les constats établis en première partie révèlent **l'originalité de la notion**. En ce sens, la rénovation de ce modèle devra nécessairement reposer sur une **démarche à plusieurs niveaux**. En premier lieu il conviendra de redéfinir la notion et le régime juridique qui lui sont associés pour permettre aux collectivités délégantes de bénéficier d'un outil clarifié et sécurisé (1). Cette clarification étant opérée, il importe de rendre plus effective la liberté de choix entre modes de gestion et entre opérateurs(2). Enfin, il conviendra de rénover le contrôle et le suivi des délégations(3).

#### 1. PRÉSERVER L'IDENTITÉ ET LE REGIME DE LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

##### 1.1 Réaffirmer les spécificités de la délégation de service public au plan national et communautaire

Comme le rappelle Catherine Bergeal, « *il serait utopique de croire pouvoir parvenir à une définition immuable, pure et parfaite de la frontière entre marchés et délégations de service public (...). Une telle définition tient de la quête du Graal* »<sup>70</sup>. La complexité actuelle des contrats de commande publique rend cependant nécessaire une redéfinition des notions qui, à défaut de faire disparaître tout risque de confusion entre les contrats, posera les bases d'une clarification salutaire. L'enjeu de la modernisation du cadre juridique de la délégation est double :

- prévenir la confusion par les collectivités délégantes entre les délégations de service public et les autres outils contractuels (marchés publics, contrats de partenariat), qui relèvent d'un régime juridique différent ;
- défendre une conception de la délégation qui préserve l'originalité du modèle français tout en étant compatible avec le cadre communautaire.

La **définition-cible de la délégation de service public** doit être cohérente avec la définition de la concession que la France pourra proposer dans le cadre des négociations communautaires. L'articulation de ces deux actions devra être étudiée, afin de maximiser à la fois la crédibilité de la position de négociation française et la stabilité de la notion de délégation de service public en droit interne. **Deux solutions s'offrent aux autorités françaises** :

- attendre l'issue des négociations communautaires sur la directive concession et en tirer les conséquences en droit interne ; outre l'incertitude entourant l'adoption de ce texte, cette hypothèse différerait la modernisation du régime de la délégation de service public de plusieurs années;
- clarifier dans un premier temps la notion et le régime de la délégation en droit national. L'ordonnance prise sur le fondement de l'habilitation actuellement sollicitée par le

---

<sup>70</sup> Catherine Bergeal, conclusions sur CE, 30 juin 1999, SMITOM Centre Ouest Seine et Marnais

gouvernement en vue d'élaborer un code de la commande publique<sup>71</sup> tend à favoriser une telle option.

### 1.1.1 Au plan national : réaffirmer la centralité de l'objet dévolutif

Les incertitudes qui entourent le critère de la rémunération du délégataire et ses interprétations (*cf. première partie, 2.1*) plaident en faveur d'une **redéfinition fonctionnelle de la délégation de service public**.

C'est en effet l'objet du contrat, le transfert de la gestion d'un service public, qui distingue le mieux les délégations de service public des marchés publics d'une part, des contrats de partenariat d'autre part. Par un avis du 7 avril 1987, le Conseil d'État<sup>72</sup> (sections de l'intérieur et des finances réunies) avait déjà opté pour une définition large d'une catégorie homogène de contrats de gestion déléguée du service public qui, en raison de leur objet et sans considération du mode de rémunération du cocontractant, se distinguaient des marchés publics : « *un contrat – nommé ou innommé – par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même d'un service public n'est pas un marché* ».

L'importance des enjeux en présence appelle une **redéfinition législative de la notion**. En effet, les dernières évolutions jurisprudentielles semblent témoigner des limites que présente la notion de DSP définie par la loi MURCEF. La décision *Département de la Vendée* est ainsi interprétée par la doctrine « *comme l'aboutissement d'évolutions en cours* »<sup>73</sup>. L'enjeu de toute définition législative est d'être à la fois suffisamment précise pour garantir un niveau élevé de sécurité juridique et suffisamment large pour permettre au juge une interprétation de la notion. En particulier, le critère du risque doit être repondéré (*cf. première partie 2.1*).

**Préconisation n° 1 : Remplacer la définition législative de la délégation de service public par la définition suivante** : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public, responsable de l'organisation d'un service public, transfère la gestion du service à un tiers, public ou privé, avec toutes les charges inhérentes aux obligations de service public. Le dispositif de rémunération du délégataire ne peut avoir pour effet d'éliminer tout risque économique dans l'exploitation à sa charge. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Réaffirmer la centralité de l'objet dévolutif rendra sans doute nécessaire une inflexion de la jurisprudence afin de rendre à cet objet une clarté aujourd'hui obscurcie (*cf. première partie, 2.1.1.1*). S'agissant des **critères de reconnaissance du service public**, la jurisprudence pourrait opportunément rappeler que deux conditions cumulatives doivent être remplies pour conclure à l'existence d'un service public : la présence d'une activité ayant un objet d'intérêt général et l'intention de la collectivité publique.

<sup>71</sup> Projet de loi pour *l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, en cours d'examen parlementaire au moment de la rédaction de ce rapport.

<sup>72</sup> CE, avis, 7 avril 1987, n° 341-356 ; par un avis ultérieur du 27 juin 1996 l'assemblée générale du Conseil d'Etat est revenue sur cette position.

<sup>73</sup> Laurent Richer, « Délégation de service public : le critère du risque financier », commentaire sous CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée, AJDA*, 29 décembre 2008, p. 2454.

### **1.1.2 Au plan communautaire : promouvoir le modèle de la délégation de service public**

Le droit communautaire retient deux critères pour définir la concession : d'une part, le droit d'exploiter un ouvrage ou un service, éventuellement assorti d'un prix, d'autre part le transfert du risque économique<sup>74</sup>. Les incertitudes résultant de ces deux critères sont renforcées par l'encadrement différencié des marchés publics et des concessions (cf. première partie, 2.2). L'interprétation extensive de la notion de marché public<sup>75</sup> (et, dans une moindre mesure, de celle de concession de travaux) se traduit par une réduction sensible du champ de la délégation de service public<sup>76</sup>.

Dans ce contexte, la France, qui dispose d'un modèle séculaire et dynamique de gestion des services publics locaux, pourrait avantageusement **promouvoir l'adoption d'un acte communautaire de droit dérivé** qui sécurise la délégation de service public. Les perspectives offertes par la négociation d'un projet de directive sur les concessions, envisageable à partir de 2010<sup>77</sup>, doivent être pleinement saisies.

*Promouvoir les notions de service d'intérêt économique général (SIEG) et d'obligations de services publics (OSP) dans la définition communautaire des concessions*

L'enjeu consiste à promouvoir une **directive** sur les concessions qui, au-delà du régime de passation, **encadre l'exécution** des contrats de concession. A cet égard, la France pourrait soutenir l'existence d'un lien entre la concession et les notions de SIEG et d'OSP. Cette modification viserait à :

- établir un **critère de distinction**, au plan communautaire, entre marchés publics et concessions. L'existence d'obligations de service public clairement et préalablement définies permettrait ainsi d'exclure un contrat du champ d'application des directives marchés publics ;
- sécuriser le **régime juridique des compensations** versées aux DSP au regard du droit des aides d'État ; le recours à la notion de SIEG permettrait d'introduire dans la directive un dispositif de présomption de compatibilité des compensations avec le traité, sur le modèle de la décision de la Commission du 15 octobre 2003 sur le financement de la *RAI*<sup>78</sup>.

En dépit du refus dernièrement opposé par la DG MARKT à une telle argumentation<sup>79</sup>, le **contexte européen est favorable à un tel positionnement** :

- au cours des dix dernières années, la Commission européenne a accordé une importance croissante aux SIG et aux SIEG. Dernièrement, deux initiatives communautaires ont témoigné de l'émergence d'un « *service public au sens communautaire*<sup>80</sup> » : la directive

<sup>74</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM (2005) 569, 15 novembre 2005.

<sup>75</sup> Voir par exemple CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des avocats de la province de Milan et Lodi* (aff. C-399/98), CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ commune de Roanne* (aff. C-220/05) et CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie* (aff. C-382/05).

<sup>76</sup> Laurent Richer, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, p. 2225.

<sup>77</sup> Les négociations relatives à un projet de directive sur les concessions ont été abandonnées en 2007. Actuellement en phase d'étude d'impact, la DG MARKT pourrait proposer un nouveau projet au début du mandat de la nouvelle Commission.

<sup>78</sup> Décision de la Commission (2004/339/CE) du 15 octobre 2003 sur les mesures en faveur de la RAI SpA.

<sup>79</sup> *Document de discussion : questions clés d'une éventuelle directive sur les concessions*, réunion du comité consultatif pour les marchés publics, 10 décembre 2007, CC/2007/20 FR.

<sup>80</sup> Michaël Karpenschif, « Vers une définition communautaire du service public ? », *Revue française de droit administratif*, 2008, p. 58.

- Services<sup>81</sup> a introduit des dérogations significatives pour les SIG et les SIEG, tandis que le règlement OSP<sup>82</sup> a élaboré un régime juridique complet pour les « contrats de service public » en matière de transport ;
- en matière de gestion délégée, certains États membres connaissent actuellement une évolution compatible avec la notion de service public. Parmi les nouveaux États membres, notamment, le législateur a récemment infléchi le régime juridique des services publics en renforçant les obligations pesant sur les opérateurs privés.

**Préconisation n° 2 : Promouvoir, au niveau communautaire, la définition suivante de la concession :** « Une concession est un contrat, ou tout acte juridique emportant les mêmes effets, par lequel une autorité adjudicatrice transfère à un tiers le droit d'exploiter un service qu'elle définit et contrôle, en lui imposant des obligations de service sous contrôle de l'autorité publique et en lui reconnaissant pour la durée de l'exploitation les droits et moyens nécessaires à l'exercice de sa mission de concessionnaire. Le dispositif de rémunération du concessionnaire ne peut avoir pour effet d'éliminer tout risque économique dans l'exploitation à sa charge. »

#### *Encourager la réunification du régime applicable aux concessions de travaux et de services*

La distinction entre concessions de travaux et concessions de services, dont les modalités de passation ne sont pas encadrées par le même régime juridique, n'est pas clairement affirmée par la jurisprudence communautaire<sup>83</sup>. Il en résulte une **interprétation extensive de la notion de concession de travaux**<sup>84</sup> et une insécurité juridique persistante.

Dans les dernières négociations relatives à l'avant-projet de directive sur les concessions, les autorités françaises se sont attachées à ce que les concessions de services et les concessions de travaux soient soumises à un **régime commun** en vue d'assurer la simplicité du droit applicable. Cette position semble toujours soutenable. Cette directive sur les concessions devrait toutefois maintenir des différences entre les deux types de contrats, notamment les seuils d'application. En effet, le montant à partir duquel les concessions de travaux présentent une pertinence sur le marché intérieur est supérieur à celui valable pour les concessions de services, compte tenu des structures de coûts et du niveau des investissements.

**Préconisation n° 3 : Promouvoir une directive unique pour les concessions de travaux et de services**, en maintenant des seuils différenciés d'application pour chacun des deux secteurs.

#### **1.1.3 Admettre un alignement de la procédure de passation des concessions de services sur celle des concessions de travaux**

La procédure de passation des concessions constitue un point sur lequel la **position française** pourrait avantageusement **s'infléchir** dans les négociations communautaires.

D'une part, l'argument de la préservation de l'*intuitus personae* est devenu **inaudible** à l'heure de la promotion du dialogue compétitif par la Commission européenne<sup>85</sup>. D'autre part, l'encadrement de la procédure de passation des DSP par des règles plus strictes n'aurait pas l'impact négatif que la France a longtemps décrié :

- le recours à des procédures plus strictes est déjà pratiqué par certaines collectivités territoriales (la communauté urbaine du Grand Lyon, par exemple, recourt presque

<sup>81</sup> Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376 du 27 décembre 2006.

<sup>82</sup> Règlement n° 1370/2007/CE du 23 octobre 2007, *op. cit.*

<sup>83</sup> CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera internacional*, aff. C-6331/92.

<sup>84</sup> CJCE, 27 octobre 2005, aff. C-187/04 et C-188/04, *Commission c/ République italienne*.

<sup>85</sup> Henri Courivaud, « La concession de service public à la française confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 2004 (IV), p. 395.

- systématiquement à une procédure concertée de type concessions de travaux – avec publicité préalable des critères de sélection) ;
- l’obligation de publier *ex ante* les critères de sélection permettrait aux collectivités délégantes d’affiner leur réflexion initiale sur le projet faisant l’objet de la délégation.

Dès lors, deux régimes de passation semblent envisageables : le dialogue compétitif et la procédure actuellement en vigueur pour les concessions de travaux.

Plusieurs arguments conduisent à rejeter le dialogue compétitif : la condition de l’indétermination du besoin est rarement vérifiée, l’obligation de poursuivre le dialogue avec l’ensemble des candidats jusqu’au terme de la consultation est source de coûts importants et le formalisme de la procédure de sélection des offres est considéré comme peu adapté aux spécificités de la délégation de service public.

**La procédure qui s’applique aux concessions de travaux** semble préférable. Par rapport à la procédure actuelle de la loi Sapin, une telle procédure ne poserait comme exigences supplémentaires que la publicité *ex ante* des critères de sélection, la séparation plus stricte entre phase de réception des candidatures et phase de réception des offres, et un allongement vraisemblable des délais de réception des offres (52 jours actuellement dans le cadre des concessions de travaux). Cette option semble préférable, dans la mesure où elle constitue un compromis acceptable par la plupart des États membres.

**Préconisation n° 4 : Accepter, au niveau communautaire, le principe d’un alignement de la procédure de passation des concessions de service sur celle des concessions de travaux.**

## 1.2 Sécuriser le recours aux délégations de service public

### 1.2.1 Encadrer la durée des conventions

L’article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales pose le principe que **les délégations de service public doivent être limitées dans leur durée**. Cette limite n’est pas fixée *ex abstracto* – mis à part dans les secteurs de l’eau potable, de l’assainissement et du traitement des ordures ménagères et des déchets où elle ne peut excéder 20 ans – mais doit prendre en compte le montant des investissements sans excéder la durée normale d’amortissement des biens. Cette définition est cependant source de difficultés à deux niveaux. D’une part, la notion de « durée normale d’amortissement » fait l’objet d’interprétations divergentes de la jurisprudence quant au fait de savoir si elle doit être assimilée à la durée contractuelle d’amortissement<sup>86</sup> ou pas<sup>87</sup>. D’autre part, il paraît délicat de limiter la durée de la délégation à la durée d’amortissement des biens. En effet, dans le cas d’une concession, la durée de la délégation comprend la période de réalisation des investissements pendant laquelle il n’est pas possible pour le délégataire d’amortir ses biens. C’est donc la durée d’exploitation du service qui devrait être limitée à la durée normale d’amortissement des biens, et non la durée totale de la délégation.

**Préconisation n° 5 : Encadrer le régime de fixation de la durée des conventions** de délégation de service public en précisant la notion de « durée normale d’amortissement » par rapport à la durée d’amortissement contractuelle et en limitant la seule période d’exploitation et non la durée totale de la délégation, à cette durée normale d’amortissement (article L. 1411-2 CGCT).

Cette question de la limitation de la durée des délégations de service public conduit à s’interroger sur le **régime de passation des avenants**.

<sup>86</sup> CAA Nantes, 5 novembre 2008, *Commune de Chartres*.

<sup>87</sup> CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Société des crématoriums de France*.

A ce jour, la validité d'un avenant de prolongation de la durée de la délégation est subordonnée à deux conditions<sup>88</sup> :

- l'existence d'un motif d'intérêt général (auquel cas la durée de la prolongation ne peut être supérieure à un an),
- alternativement, la nécessité de réaliser des investissements importants non prévus au contrat initial sans entraîner une augmentation excessive des prix.

A ces conditions, **la jurisprudence a ajouté des exigences supplémentaires**, puisque le juge administratif proscrit les avenants entraînant un bouleversement de l'économie du contrat<sup>89</sup>, seule une modification de son économie générale étant acceptée, et contrôle strictement l'absence de changement de l'objet du contrat.

L'articulation des contraintes législatives et jurisprudentielles est dès lors source d'insécurité juridique pour les collectivités délégantes comme pour leurs délégataires<sup>90</sup>. **Il n'a cependant pas été jugé opportun par notre groupe de travail de préconiser des évolutions du régime applicable aux avenants.** En effet un contrôle strict des avenants reste nécessaire pour éviter que les parties au contrat n'y recourent afin de contourner la procédure de passation des délégations de service public. Tout encadrement strict est par nature susceptible d'entraîner des difficultés d'interprétation.

### **1.2.2 Relever le seuil de la procédure simplifiée des délégations**

L'effort de clarification juridique développé plus haut vise à atteindre un nouvel équilibre entre sécurité procédurale pour les parties au contrat et préservation de la liberté du choix de la collectivité délégante. Il s'agit de rendre la délégation de service public française parfaitement compatible avec le droit communautaire pour mieux la promouvoir chez nos partenaires.

Les contraintes supplémentaires qui en découlent pour les parties, telles que l'instauration de critères de sélection des candidatures et des offres, la généralisation des clauses obligatoires du contrat ou les exigences renforcées pesant sur le rapport annuel du délégataire (cf. préconisations suivantes), sont tout à fait acceptables pour les grandes collectivités. Celles-ci les appliquent d'ailleurs souvent pour leurs procédures délégations. En revanche, elles apparaissent difficiles à appliquer aux plus petites collectivités qui n'ont pas les moyens de les mettre en œuvre. La **procédure simplifiée**, prévue par le code général des collectivités locales pour tenir compte de cette situation, s'applique à des délégations d'un montant peu élevé. C'est pourquoi elle n'est quasiment jamais utilisée.

Les nouvelles exigences résultant des préconisations du présent rapport devront être accompagnées d'un relèvement du seuil de la procédure simplifiée. Ainsi les délégations de faible montant bénéficieraient d'un cadre procédural sensiblement allégé.

**Préconisation n° 6 : Relever significativement les seuils de la procédure simplifiée pour exonérer les petites délégations des nouvelles obligations introduites par le présent rapport.**

## **2. RENDRE PLUS EFFECTIVE ET PLUS EFFICACE LA LIBERTÉ DE CHOIX ENTRE MODES DE GESTION**

<sup>88</sup> Art. L. 1411-2 CGCT.

<sup>89</sup> Dans un tel cas, l'avenant doit avoir été passé dans les conditions de publicité et de mise en concurrence de la loi Sapin ; sinon il est considéré comme nul (TA Dijon, 5 janvier 1999, *Denis Roycourt et Association Auxerre Ecologie c/ Commune d'Auxerre et Société Lyonnaise des Eaux*).

<sup>90</sup> Pour un exemple récent, voir CAA Paris, 17 avril 2007, *Département de Paris c/ Société Kéolis*.

## 2.1 Favoriser la comparaison et la réversibilité des modes de gestion des services publics

### 2.1.1 Renforcer la logique de mise en concurrence dans la procédure de passation

La collectivité doit pouvoir évaluer et justifier ses choix de gestion de services publics. Le rapport fourni à l'assemblée délibérante au titre de l'article L.1411-4 du code général des collectivités locales est en pratique le plus souvent limité. Il pourrait être étayé pour expliquer le choix du recours à l'externalisation au regard de critères économiques, juridiques ou politiques.

En revanche il n'a pas semblé opportun au groupe de travail d'exiger de la collectivité qu'elle mette en concurrence, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, ses propres services en régie avec des entreprises externes. En effet, le choix entre gestion en régie et délégation à une entreprise privée revêt une part d'opportunité qui relève de la libre administration des collectivités territoriales ; de plus, l'efficacité d'une telle mesure, telle qu'elle a pu être mise en oeuvre à l'étranger, est discutable. De même, il est apparu inutile d'aligner le rapport préalable de la délégation de service public sur celui, très précis, qui est prévu pour les contrats de partenariat. En effet, les résultats des études de ce dernier varient fortement en fonction des hypothèses retenues (zone de chalandise, niveau des taux d'intérêts réels à 10 ans etc.), ce qui limite leur capacité prédictive.

L'objectif d'une telle évaluation préalable doit plutôt consister à garantir un dialogue de qualité au sein de l'assemblée délibérante qui fasse ressortir les enjeux, les hypothèses retenues et les résultats escomptés au regard des objectifs poursuivis par les élus.

**Préconisation n°7 :** Modifier l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales afin que le rapport préalable sur lequel se prononce l'assemblée délibérante soit suffisamment détaillé pour faire ressortir les enjeux, les hypothèses retenues et les objectifs globaux fixés à la délégation de service public.

Afin de renforcer les conditions d'une mise en concurrence optimale, il est ensuite nécessaire que le déroulement de la procédure soit parfaitement connu de l'ensemble des candidats dès la publication de l'appel d'offres.

Dans le régime actuel<sup>91</sup>, la négociation se déroule dans une certaine opacité qui profite au délégataire sortant et limite la capacité des autres candidats à proposer une offre alternative. En effet, alors que la personne publique délégante choisit librement ceux des candidats admis à présenter une offre avec qui elle entend mener des négociations et alors qu'elle n'est nullement tenue d'engager des négociations avec l'ensemble des candidats dont la candidature a été admise<sup>92</sup>, aucune disposition ne l'oblige à informer les candidats écartés de leur éviction.

Pour restaurer des conditions plus équitables de concurrence, il s'agit donc à la fois de préciser les délais des principales étapes (remise des offres, négociation...), de diffuser les choix procéduraux retenus par la collectivité délégante (notamment la question de réserver la négociation à un nombre limité de soumissionnaires, voire de restreindre progressivement la négociation à un seul soumissionnaire) et d'informer régulièrement l'ensemble des participants du déroulement de la procédure.

<sup>91</sup> Article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, codifié à l'article L.1411-1 du CGCT.

<sup>92</sup> Voir CE, 14 mars 2003, Société Air Lib ; CE, 23 mai 2008, Musée Rodin.

**Préconisation n° 8 :** Dans le cadre du « guide de la DSP » édité par la DGCL, recommander aux collectivités locales de diffuser à l’ensemble des candidats, dès le dépôt des candidatures arrêtées, un **règlement de consultation complet** précisant notamment les principales étapes de la procédure et l’éventuelle limitation du nombre de soumissionnaires habilités à engager la négociation.

Dans **la phase de déroulement de la procédure de passation**, il devrait également être recommandé aux collectivités délégantes de favoriser au maximum la transparence et l’égalité de traitement des candidats.

Enfin, il apparaît indispensable de **clarifier les modalités de la consultation et de la sélection des offres** afin d’objectiver le choix de la collectivité délégante. A l’heure actuelle, rien n’oblige les collectivités délégantes à prévoir des critères d’appréciation et de choix des offres. Une telle situation n’est pas propice à développer les conditions d’une concurrence claire et transparente. De plus, la récente décision « *Corsica Ferries* » du Conseil d’Etat<sup>93</sup>, qui a reconnu aux collectivités la possibilité de réaliser simultanément la sélection des candidatures et celles des offres, a aggravé ce phénomène dans la mesure où elle incite les collectivités à ne pas faire l’effort de formaliser successivement les deux étapes avec des critères distincts.

**Préconisation n° 9:** Mettre en place les conditions d’une plus grande transparence dans la sélection des candidats et des offres :

- généraliser l’instauration de **critères de sélection** des candidats et des offres hiérarchisés et diffusés à l’ensemble des candidats dès le stade de l’appel public d’avis à concurrence ;
- mieux **distinguer** la phase de sélection des candidats de celle de sélection des offres.

## 2.1.2 Crédibiliser le retour en régie.

L’insuffisante intensité concurrentielle des secteurs concernés par la délégation de service public incite à rendre le marché « contestable » en faisant supporter aux groupes industriels une menace concurrentielle qui les incite à modérer leurs pratiques tarifaires. Or l’une de ces principales craintes peut venir des collectivités publiques elles-mêmes, avec la menace **de reprise en régie du service**. Encore faut-il, cependant, que cette perspective soit crédible. Ce n’est pas toujours le cas en raison d’un défaut d’anticipation, d’un manque de suivi de l’exécution du contrat et d’une insuffisante préparation de la procédure de renouvellement de la délégation.

Une première série de réticences des collectivités à reprendre un service public en régie tient à la question patrimoniale. Il est en effet difficile d’identifier les biens qui appartiennent à l’entreprise délégataire et l’indemnité que la collectivité doit lui verser si elle souhaite les reprendre à son compte. La question se pose avec une acuité particulière pour les biens immatériels (innovations, logiciels informatiques, fichiers clientèles...) qui, bien que d’apparence périphérique au service, lui sont en réalité souvent indispensables.

Deux difficultés se posent de façon récurrente à ce stade et doivent être levées :

<sup>93</sup> CE, 15 décembre 2006, *Corsica Ferries*.

- **La répartition entre biens de retour<sup>94</sup> et biens de reprise<sup>95</sup>** : le délégataire a tendance à assimiler au maximum son patrimoine à des biens de reprise afin que le délégant, s'il souhaite reprendre le service en régie ou le confier à un autre délégataire, soit obligé de lui verser une indemnité dissuasive ;
- **Le statut des biens immatériels** : ils sont très souvent classés comme biens de reprise par le délégataire. Pourtant, ils sont généralement indispensables à l'exécution du service et ainsi, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>96</sup>, ils devraient être considérés comme des biens de retour et remis gratuitement au délégant.

**Préconisation n°10 : Rétablir les droits de la collectivité publique en matière patrimoniale en :**

- encourageant les collectivités à prévoir systématiquement une **clause contractuelle** définissant le champ des biens de retour et des biens de reprise ;
- étendant à tous les secteurs concernés par les délégations de service public l'obligation introduite par la loi sur l'eau et reprise à l'article L. 2224-11-4 du code général des collectivités territoriales **d'établir en fin de contrat un inventaire détaillé du patrimoine** du délégant, de lui **reverser les provisions non utilisées** et de lui remettre « *les supports techniques nécessaires à la facturation [...] au moins dix-huit mois avant l'échéance du contrat* » ;
- précisant, au besoin par la loi, que **les bases de données** (fichiers clientèle) **sont des biens de retour** ; que **les logiciels relatifs à l'exploitation du service** et **les innovations techniques** concourant à l'exploitation du service sont des **biens de reprise**.

Un second facteur limitant les perspectives de reprise en régie d'un service délégué a trait à **la connaissance des produits et des charges** qui caractérisent l'activité du service. Ce problème doit être anticipé dès la conclusion du contrat en exigeant pour les délégations de service public importantes la filialisation des activités déléguées. Elle doit aussi inciter à demander dans le rapport du délégataire (cf préconisation n°19) des informations utiles.

**Préconisation n°11 :** Pour les délégations importantes (hors délégations en procédure simplifiée), inciter les collectivités à exiger de leur délégataire qu'ils transforment leur activité liée à la délégation en **une filiale dotée d'un régime juridique et comptable autonome**. Le compte prévisionnel transmis au délégant au moment de la procédure de passation doit être celui de la future filiale.

## 2.2 Renforcer l'environnement concurrentiel des délégations de service public.

### 2.2.1 Surveiller les marchés pour limiter les ententes et abus de position dominante.

Les collectivités publiques font souvent part de leur doute quant au niveau de concurrence effective au moment de la négociation des délégations de service public. Elles suspectent principalement des **ententes** entre candidats qui se traduisent par des offres plus élevées qu'attendues et une capacité de négociation faible des entreprises concernées.

---

<sup>94</sup> Biens indispensables à l'exécution du service et propriété de la collectivité *ab initio* même s'ils sont mis en place par le délégataire.

<sup>95</sup> Biens utiles au service sans lui être nécessaire et faisant l'objet d'un droit d'option de la collectivité.

<sup>96</sup> CE, avis (section des travaux publics), 19 avril 2005.

Cependant les élus, soucieux de la continuité du service, engagent rarement une procédure devant le **conseil de la concurrence**. La jurisprudence de celui-ci repose en effet le plus souvent sur des saisines du ministère des finances.

Afin de renforcer la capacité d'alerte des négociateurs publics, il est nécessaire de les sensibiliser aux enjeux de la concurrence.

**Préconisation n°12 : Afin de favoriser la détection des ententes et collusion, il est préconisé de :**

- sensibiliser les acteurs de l'achat public au droit de la concurrence via des formations menées sous l'égide de la DGCCRF ;
- Etablir une liste nationale non normative des indices qui peuvent révéler la collusion d'entreprises.

## **2.2.2 Limiter la concentration des entreprises dans les secteurs concernés par des délégations de service public**

La très grande concentration des entreprises rend nécessaire des mesures spécifiques pour faciliter la présence de nouveaux acteurs. En effet l'émergence durable de nouvelles sociétés sur le marché français est rendue difficile par l'attitude des **grands groupes** qui **rachètent les PME** dès lors qu'elles commencent à atteindre une taille régionale ; comme ces opérations interviennent avant que les PME concernées n'aient atteint le chiffre d'affaires justifiant une notification aux autorités de concurrence, elles ne sont pas soumises au **contrôle des concentrations**.

Une règle dérogatoire en termes de seuil de notification aux autorités des opérations d'achat ou de fusion d'entreprises est ainsi envisageable. La rupture d'égalité (entre les entreprises soumises au seuil normal et celles soumises à un seuil spécifique) pourrait être justifiée par la très grande concentration des secteurs concernés et la nature de service public des prestations offertes par l'entreprise.

**Préconisation n° 13: Introduire une dérogation à l'article L 430-2 du code de commerce abaissant le seuil de notification des concentrations à 10 millions d'euros de chiffre d'affaires pour les entreprises délégataires de service public.**

Une attention accrue doit aussi être apportée aux **filiales communes** créées par les entreprises délégataires de service public. Le conseil de la concurrence a demandé, au titre de l'article L.430-9 du code de commerce, au ministre de l'économie et des finances d'enjoindre aux sociétés d'eau concernées de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous les accords et actes qui les avaient conduits à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement. Le prononcé de cette mesure, qui relève depuis la loi d'août 2008<sup>97</sup> uniquement de la nouvelle **autorité de la concurrence** ne peut intervenir que dans le cadre de la reconnaissance d'un abus de position dominante ou d'un état de dépendance économique.

## **2.2.3 Favoriser la concurrence dans la sous-traitance.**

<sup>97</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

La question de la sous-traitance doit aussi être analysée sous l'angle concurrentiel. En cas d'ententes entre entreprises, l'entreprise délégataire retenue peut « remercier » les entreprises qui ont répondu de manière fictive à la négociation en leur attribuant une partie de sous-traitance. Par ailleurs, les grands groupes délégataires sous traitent parfois des prestations à des filiales en facturant celles-ci à un tarif élevé, ce qui leur permet d'accroître leur marge.

Au-delà de l'encadrement actuel de la **sub-délégation**<sup>98</sup>, il est difficilement concevable d'interdire à une entreprise délégataire de sous-traiter une partie de la prestation à une entreprise ayant candidaté à l'appel d'offres mais n'ayant pas été retenue. Cela n'est pas non plus souhaitable sous l'angle concurrentiel dans la mesure où une telle mesure diminuerait encore le nombre de candidatures aux appels d'offres. Un encadrement souple pourrait en revanche être conçu, basé sur la transparence des relations commerciales entre le délégataire et les sociétés sous-traitantes.

**Préconisation n° 14 : Inciter les délégataires à prévoir dans les contrats des clauses qui limitent la sous-traitance ou du moins la rendent transparente.**

## 2.2.4 Exclure, à ce stade, une mise en concurrence pour l'entrée au capital des SEM.

Dans sa décision relative à la loi Sapin<sup>99</sup>, le **Conseil constitutionnel** a invalidé les dispositions exonérant les sociétés d'économie mixte (SEM) de procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'une DSP. Cette situation a fait peser sur les SEM une suspicion quant à la sincérité de la procédure de mise en concurrence alors même qu'une société détenue par le pouvoir adjudicateur est candidate. Cette suspicion a suscité une réflexion sur l'opportunité d'une **mise en concurrence des partenaires privés participant au capital des SEM**. Cette réflexion a reçu un écho au niveau communautaire, le livre vert relatif aux partenariats public-privé tendant à encourager la mise en concurrence des partenaires participant au capital de SEM en vue d'exercer une « influence certaine » sur les prestations économiques délivrées par celles-ci. Une telle mise en concurrence existe d'ores et déjà en Italie (dans le secteur des transports publics locaux), en Allemagne (*Kooperationsmodell*), au Royaume-Uni (programme « *Selling government services to wider markets* »). A ce jour, le bilan concurrentiel de ces démarches n'est pas suffisamment étayé pour conclure à leur efficacité. Deux problèmes se posent en particulier :

- le respect des dispositions communautaires relatives à la libre circulation des capitaux ;
- l'absence de remise en concurrence de la participation privée lors de la réattribution du contrat de concession.

<sup>98</sup> La sub-délégation de service public nécessite l'accord de la collectivité publique – voir réponse ministérielle à une question écrite parlementaire, JO du 15/05/2007, p. 4531.

<sup>99</sup> Référence exacte

### **3. RÉNOVER LE CONTRÔLE ET LE SUIVI DES DSP**

#### **3.1 Perfectionner les contrôles de l'Etat sur les contrats de délégation de service public**

##### **3.1.1 Le contrôle de légalité exercé par les préfectures sur les délégations de service public doit être rationalisé**

Les enjeux associés aux contrats de délégation du service public légitiment un **contrôle plus effectif des préfectures**. Le ministère de l'intérieur a déjà procédé au recentrage du contrôle de légalité sur les actes de la commande publique. La circulaire du ministre de l'intérieur du 17 janvier 2006 préconise ainsi la mise en place d'un contrôle hiérarchisé, portant en priorité sur les actes liés à l'intercommunalité, l'urbanisme et la commande publique. Toutefois, ce **recentrage** reste **variable selon les préfectures** et **concerne majoritairement les marchés publics**. C'est pourquoi il semble indispensable de rappeler que les délégations de service public font partie intégrante des priorités de l'Etat en matière de contrôle de légalité. Cette réaffirmation pourrait opportunément prendre en place au sein de la **circulaire relative au contrôle de légalité des actes de commande publique**, en cours d'élaboration par la DGCL.

Cette circulaire pourrait être utilement accompagnée d'un **guide de contrôle des délégations de service public**, rédigé par la DGCL avec le soutien de la DGFIP, de la DGCCRF et de plusieurs chambres régionales des comptes. Ce guide préciserait et hiérarchiseraient les risques juridiques et financiers liés aux contrats de DSP.

Par ailleurs, la réorganisation de l'Etat territorial, engagée dans le cadre de la révision générale des politiques publiques, offre l'occasion de **renforcer les moyens humains** dédiés au contrôle de légalité. La création de nouvelles directions interministérielles permettrait de constituer des équipes mixtes (cadre national des préfectures, DDCCRF, DDE, DDA) au sein des services responsables du contrôle de légalité. Parmi les agents membres de ces services, il semblerait efficace de désigner un voire deux agents dotés de compétences juridiques et financières approfondies et chargés plus spécifiquement du contrôle des délégations. Les personnes chargées du contrôle des délégations de service public au sein des préfectures devraient par ailleurs bénéficier d'une **formation** spécifique en la matière.

La même **logique de spécialisation** devrait pouvoir s'appliquer au sein du PIACL de Lyon, qui apporte un conseil juridique aux préfectures. Un des membres de l'équipe du PIACL devrait se spécialiser dans le contrôle des délégations de service public, afin de jouer le rôle de correspondant privilégié dans ce domaine auprès des préfectures. Par ailleurs, l'expertise acquise par le PIACL en matière de conseil auprès des préfectures milite pour l'extension de sa compétence aux préfectures de la région Ile-de-France, qui sont pour l'instant obligées d'avoir recours aux services de la DGCL, laquelle dispose de moyens plus limités dans ce domaine.

**Préconisation n° 15 : Intégrer les délégations de service public dans les priorités du ministère de l'intérieur en matière de contrôle de légalité.**

### **3.1.2 Renforcer les contrôles financiers externes sur les délégations de service public.**

**Le contrôle des trésoriers-payeurs-généraux sur les conventions de DSP doit être étendu.** A ce jour, ce contrôle est doublement restreint par le CGCT :

- aux conventions d'une durée supérieure à vingt ans,
- aux domaines de l'eau potable, de l'assainissement et des déchets.

Or, l'effectivité du contrôle exercé par les TPG tend à décliner dès lors que la durée des délégations a tendance à diminuer depuis une dizaine d'année. Par ailleurs, des secteurs économiques importants (transports urbains, chauffage urbain) échappent à cette procédure.

Il convient d'étendre le contrôle des TPG aux délégations passées dans tous les secteurs et d'une durée supérieure à non plus 20 mais 18 ou 15 ans.

#### **Préconisation n°16 : Etendre le champ du contrôle du trésorier payeur général sur les délégations de service public.**

Parallèlement, il serait souhaitable que les préfets exercent pleinement leur pouvoir de saisine des chambres régionales des comptes, aujourd'hui trop peu utilisé<sup>100</sup>. Compte-tenu de l'expertise acquise par les CRC en la matière, il semble opportun que la future circulaire du ministre de l'intérieur sur la commande publique incite les préfets à saisir la CRC sur les contrats de DSP.

En ce qui concerne l'**examen de gestion**, la rédaction actuelle du code des juridictions financières constraint les chambres à limiter leurs contrôles aux comptes de la délégation, ce qui exclut les comptes de la société délégante. Cette situation constitue une réelle difficulté pour les CRC, car l'évaluation des charges indirectes affectées par les entreprises à la délégation constitue un des enjeux financiers majeurs du contrat de DSP. Il est donc nécessaire d'étendre le droit d'enquête des chambres aux comptes des sociétés délégantes (filiales et sociétés mères).

Enfin, en matière d'organisation interne des CRC, la portée et le contenu des contrôles des DSP restent encore trop dépendants des initiatives personnelles et du niveau de formation des magistrats des comptes. Il serait nécessaire de profiter du projet de réforme des CRC pour instaurer une **harmonisation des stratégies et procédures de contrôle** au sein des chambres, notamment en matière de délégation de service public.

#### **Préconisation n° 17 : Renforcer et professionnaliser les contrôles exercés par les chambres régionales des comptes.**

## **3.2 Encourager et mieux encadrer les contrôles des collectivités territoriales sur leurs délégataires**

### **3.2.1 Les clauses obligatoires des contrats de délégations de service public doivent être étendues**

La **conception des contrats** constitue une **étape décisive** pour la collectivité territoriale, qui conditionne en grande partie l'équilibre financier de la délégation et affecte directement ses capacités de contrôle sur le délégataire.

<sup>100</sup> Le rapport de la Cour des Comptes pour 2008 fait état de 17 saisines des chambres régionales sur des délégations de service public pour l'année 2007, soit moins de 3% des saisines par le préfet.

Dans les faits, la qualité de ces contrats dépend très directement de l'expertise que la collectivité territoriale est capable de mobiliser et qui s'avère fréquemment inférieure à celle des délégataires. Dès lors, les contrats de DSP auraient vocation à inclure obligatoirement des clauses portant sur :

- le recours au règlement amiable des litiges ;
- les conditions de transfert des contrats ;
- les normes comptables applicables aux comptes prévisionnels et aux rapports financiers ;
- les sanctions financières applicables au délégataire en cas de retard ou de non production des documents d'information imposés par la loi en matière de DSP.

**Préconisation n° 18 : Etendre les clauses obligatoires figurant dans les contrats de délégation de service public.**

### **3.2.2 La place des rapports annuels dans le contrôle des délégations de service public doit être renforcée**

Le rapport annuel du délégataire est l'**élément central du dispositif de contrôle** de la DSP par la collectivité délégante. Comme nous l'avons souligné, le contenu de ce rapport a été précisé par le décret du 14 mars 2005<sup>101</sup>, qui dote les collectivités territoriales d'informations leur permettant, en théorie, d'analyser l'équilibre comptable mais également économique du contrat de délégation.

Malgré ces progrès indiscutables, la portée du rapport annuel peut être améliorée :

- par l'élaboration de normes comptables opposables aux parties aux contrats, qui sont pour l'instant absentes, à l'exception du traitement des immobilisations<sup>102</sup> ;
- par la mise en place d'indicateurs de performance des DSP labellisés par l'Etat, à partir de référentiels élaborés par les associations représentant les collectivités concédantes et les délégataires.

En vue de favoriser la réversibilité des modes de gestion (voir *Deuxième partie, 2.1.*), le rapport annuel du délégataire gagnerait à être systématiquement enrichi de deux annexes relatives :

- l'une à l'actualisation de l'inventaire des biens affectés à la délégation (biens de retour, biens de reprise et biens propres) ;
- l'autre à la situation du personnel affecté à la délégation (taux d'entrée et de sortie, qualifications etc.).

Le cas échéant, ces stipulations pourront faire l'objet d'un **accord de confidentialité** entre le délégant et le délégataire afin de préserver le secret industriel et commercial.

**Préconisation n°19 : Renforcer la portée des informations contenues dans le rapport annuel du délégataire.**

L'amélioration de l'information sur les DSP passe également par **l'extension du rôle du rapport du maire** en matière de services publics délégués. L'article L. 2224-5 du CGCT prévoit, pour les services de l'eau potable, de l'assainissement et des déchets, l'obligation pour le maire de présenter à l'assemblée délibérante et à la CCSPL un rapport spécifique portant sur les caractéristiques techniques et financières des délégations de service public.

<sup>101</sup> Décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local.

<sup>102</sup> Article 393-1 du Plan Comptable Général.

Ce rapport, qui constitue une source importante d'information pour les élus et les usagers, devrait être étendu à d'autres services délégués, tels que les transports collectifs et le chauffage urbain. Il permettrait ainsi de systématiser, pour les délégations importantes, une phase contradictoire entre le rapport annuel du délégataire et le rapport de l'exécutif local. Il conviendrait également de prévoir une publication obligatoire des principaux indicateurs de ces services sur un support d'information adéquat.

**Préconisation n° 20: Etendre l'obligation du rapport annuel de l'exécutif local sur la délégation de service public.**

### **3.2.3 L'Etat doit améliorer ses fonctions de conseil aux collectivités locales en matière de délégation de service public**

Face à la complexité croissante du droit encadrant les délégations de service public, l'Etat a vocation à accroître l'efficacité de ses dispositifs de conseil au sein de l'administration centrale. A cet égard, un **rapprochement entre la MAPPP et l'OEAP**, qui dépendent toutes deux du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, permettrait d'accroître la cohérence et l'efficacité de la politique de l'Etat dans ce domaine. La nouvelle structure verrait ainsi ses **compétences étendues à l'ensemble des contrats de la commande publique**.

Cette structure de conseil aux acheteurs publics, en s'inspirant notamment de ses homologues britanniques<sup>103</sup>, assurerait les fonctions suivantes :

- élaboration de la stratégie de l'Etat en matière de commande publique (par type de contrat et secteur économique) ;
- mise en place d'un réseau d'échange entre les différents acteurs du conseil en achats publics (PIACL, DGFIP) ;
- soutien aux acheteurs publics dans la phase d'élaboration des contrats complexes ;
- élaboration de documents de référence en matière de passation et de suivi des DSP ;
- diffusion de bonnes pratiques en matière d'achat public ;
- collection et diffusion de données économiques et juridiques relatives à l'ensemble de la commande publique.

**Préconisation n°21 : Mutualiser et renforcer les fonctions de conseil des pouvoirs publics en matière de délégations de service public.**

### **3.3 Le rôle des usagers doit être conforté pour asseoir le contrôle des délégations de service public**

#### **3.3.1 L'information des usagers sur les délégations de service public doit être améliorée aux niveaux local et national**

Une première voie consisterait à **renforcer le rôle des CCSPL**, en les dotant d'un **budget** leur permettant de recourir à un cabinet indépendant chargé de **contre-expertiser** les documents qui leur sont transmis (rapport annuel, passation d'un avenant, renouvellement d'une délégation de service public...).

---

<sup>103</sup> Au Royaume-Uni, Partnership UK assure une fonction de conseil auprès des acheteurs publics en matière de partenariat public privé. Elle emploie environ 60 personnes.

Pour financer ce budget, une contribution pourrait être prélevée sur chaque contrat de délégation de service public. Le taux de cette contribution resterait très faible, de l'ordre de 0,1 % du chiffre d'affaires, le montant prélevé devant toutefois être suffisant pour recourir à des expertises consistantes.

Compte-tenu du caractère novateur d'une telle réforme, et des probables réticences des élus locaux, ce renforcement des pouvoirs des CCSPL pourrait être envisagé dans le cadre de l'**expérimentation locale** prévue par l'article 72 de la constitution.

**Préconisation n°22 : Expérimenter, pour les CCSPL l'attribution d'un budget leur permettant de recourir à des expertises indépendantes lors de l'examen des phases clefs de la délégation.**

L'information sur l'efficience des services publics délégués reste par ailleurs très parcellaire et limitée en France, notamment si on la compare aux systèmes mis en place en Grande-Bretagne, en particulier dans le domaine de l'eau<sup>104</sup>. Cette carence d'information rend difficile, pour les collectivités territoriales et encore plus pour les usagers, l'évaluation du coût et de la qualité des services offerts dans le cadre des délégations de service public.

Il serait ainsi envisageable de confier une mission permanente de **suivi des performances des DSP** à la nouvelle structure née de la fusion de la MAPPP et de l'OEAP. Cette structure pourrait utilement s'appuyer sur l'expertise du service de l'observatoire des statistiques (SOES) rattaché au MEEDDAT, qui réalise pour l'instant des analyses ponctuelles sur les DSP, uniquement dans le domaine de l'eau et de l'assainissement. Le SOES pourrait également participer à la certification des indicateurs de performance élaborés par les associations d'élus locaux et des entreprises.

**Préconisation n°23 : Améliorer l'information des usagers et des collectivités en matière de coûts et de qualité des services publics délégués.**

### 3.3.2 Les voies d'action contentieuses doivent être réformées

L'évolution contentieuse introduite par la décision « *Tropic travaux signalisation* » ouvre une voie intéressante aux usagers : ne disposant que de voies de recours complexes d'accès (excès de pouvoir contre les actes détachables) ou peu opérantes (excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat), ils n'ont guère les moyens d'exercer une pression sur les parties concernant les clauses du contrat alors même qu'ils en sont les premiers concernés, notamment en matière de qualité du service et de tarification.

Il apparaît dès lors opportun de substituer aux deux voies de recours actuelles des usagers le recours de plein contentieux de la décision « *Tropic travaux* ». Cette orientation participerait de la logique consistant à substituer un contrôle sur le contenu des clauses au contentieux procédural. Elle serait d'ailleurs conforme aux orientations du juge communautaire et à la spécificité croissante reconnue au contrat administratif par rapport au contrat civil compte-tenu de son impact sur des tiers – les usagers – et du principe d'égalité d'accès à la commande publique qui le guide.

Afin de concilier ce pouvoir nouveau des usagers avec l'impératif d'une meilleure sécurité juridique, il conviendrait de **limiter cette voie de recours aux associations de**

<sup>104</sup> L'Office of Water Services (OFWAT) assure un suivi régulier des coûts et performance des opérateurs de service en matière d'eau potable.

**consommateurs** reconnues d'utilité publique et de l'enserrer dans les mêmes limites que le recours de plein contentieux actuel, notamment s'agissant du délai de recours de deux mois.

**Préconisation n°24 : Elargir le recours de plein contentieux contre le contrat issu de la décision « *Tropic Travaux signalisation* » aux associations de consommateurs et d'usagers reconnues d'intérêt public.**

La **réparation des préjudices individuels** causés par les délégataires à leurs usagers est peu opérante en pratique car la faiblesse des indemnisations individuelles n'incite pas les usagers à engager des procédures contentieuses pour défendre leurs droits. Dans ces conditions, l'instauration « **d'actions de groupe** » ouvertes aux usagers des délégations de service public apparaît comme une piste à explorer : en permettant la mutualisation des coûts de procédure et la simplification du recours, elle serait une incitation puissante pour que les usagers saisissent le juge civil ; de ce fait, elle constituerait une pression efficace sur les délégataires concernant leur politique tarifaire et le respect de leurs engagements en matière de qualité de service.

Il convient cependant de **prévenir** ici aussi **l'explosion du contentieux** afin de limiter ces actions de groupe aux seuls cas d'abus avérés. En premier lieu, le recours en action de groupe devrait être réservé aux associations agréées de consommateurs ; il pourrait reposer sur le principe de l'action en responsabilité pour préjudice de masse – une association intervenant en soutien de requêtes individuelles afin de faire adopter par le juge une décision de principe sur la responsabilité du professionnel dans la survenance de dommages touchant plusieurs consommateurs, à charge ensuite pour chaque usager lésé d'engager une procédure individuelle afin d'obtenir le calcul de son indemnité.

Pour éviter les dérives observées aux Etats-Unis avec les « *class actions* », les dommages punitifs seraient interdits – l'indemnité consistant seulement à réparer le préjudice subi – de même que le système de rémunération des cabinets d'avocats en pourcentage du montant total de la somme allouée au groupe. Enfin, l'appel aux plaignants se ferait selon le principe de *l'opt-in* – une fois la décision de principe rendue par le juge, chaque usager devrait engager une démarche individuelle pour obtenir le dédommagement de son préjudice – plutôt que sur celui de *l'opt-out*<sup>105</sup> – l'indemnisation bénéficie *a priori* à tous les usagers, qui doivent effectuer une démarche individuelle pour s'en exclure. Dans un premier temps ou à titre alternatif, il pourrait être envisagé de réformer le dispositif de l'action en représentation conjointe<sup>106</sup> en simplifiant le système des mandats et en élargissant à tous les médias les modalités d'appel aux victimes.

**Préconisation n°26 : introduire un dispositif d'action de groupe en droit français dans les secteurs concernés par les délégations de service public.**

<sup>105</sup> D'autant plus qu'un système d'*opt-out* risquerait d'être frappé d'inconstitutionnalité en vertu du principe de liberté personnelle d'agir en justice.

<sup>106</sup> Article L. 422-1 du code de la consommation.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, nous retenons une série de propositions qui pourront contribuer à la modernisation du modèle français de la délégation de service public.

A cette fin, nous avons jugé prioritaire d'insister sur le besoin de clarification de la notion. Le poids économique de la gestion déléguée, ainsi que le rôle social dévolu à cet instrument dans l'organisation des services publics, s'accordent mal avec les incertitudes et l'insécurité juridique qui entourent actuellement la délégation de service public. Conserver à la délégation de service public sa spécificité vis-à-vis des marchés publics s'avère pertinent au regard de la différence d'objet qui caractérise ces deux catégories de contrats.

Au niveau européen, cet effort de redéfinition appelle sans doute une nouvelle stratégie de défense du modèle français auprès des autorités communautaires. L'enjeu est ici d'éclairer les convergences manifestes qu'entretiennent la délégation de service public française et les politiques fondatrices de l'Union européenne. Tant du point de vue de la concurrence qu'en termes de protection du consommateur, la délégation de service public entretient ainsi un équilibre économique efficace et pérenne. La promotion d'une directive « concession » tenant compte des obligations de service public imparties au délégataire nous apparaît non seulement souhaitable mais également pertinente au regard de l'intérêt croissant que portent les usagers-consommateurs européens à la qualité et la continuité de leurs services d'intérêt économique général.

Cette clarification étant opérée au plan national et communautaire, le second objectif à poursuivre vise à rendre plus efficace et plus effective la liberté de choix entre modes de gestion. Il s'agira ici de favoriser la comparaison et la réversibilité entre modes de gestion permettant de crédibiliser la pression concurrentielle s'exerçant sur les délégataires. Si nous avons souhaité exclure certains scénarios actuellement débattus, une plus vive concurrence dans les secteurs où prédomine la gestion déléguée passe assurément par une crédibilité mieux assurée de la reprise en régie. Elle soumettra les partenaires privés de l'administration à des exigences plus poussées en termes de prix et de qualité des prestations délivrées.

Nous avons également souhaité réaffirmer la responsabilité respective des délégants et de l'Etat quant aux impératifs de transparence qui s'imposent aujourd'hui aux élus comme aux administrations. Voici un siècle déjà, Léon Blum, alors commissaire du Gouvernement, avait précisé que « *La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, un délaissement* ». Convaincus de la pertinence de cette position, nous avons souhaité réaffirmer la nécessité, pour les collectivités délégantes, d'assumer pleinement leurs compétences, dans le respect de la libre administration des collectivités territoriales.

Parallèlement, nous jugeons nécessaire un rééquilibrage des droits reconnus aux usagers. Si leur rôle a été très tôt affirmé dans le cadre des contrats de concession, de nouvelles étapes méritent d'être aujourd'hui franchies. En particulier, la mise en place, dans les secteurs d'activité concernés par la délégation de service public, d'un régime d'action de groupe paraît pertinente.

Ces préconisations, si elles sont mises en œuvre, conforteront la pérennité du modèle français de gestion délégué et son influence à l'international.

## **ANNEXES**

---