COLLECTION DOCUMENTS

Cahier détaché

la gazette
DES COMMUNES - DES DÉPARTEMENTS - DES RÉGIONS

Textes et documents

Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux

Elargir les choix pour améliorer la performance

Etienne Amblard, chargé de mission à l'IGD

Mastère en droit et management-HEC

Cahier détaché n°2 - 37/1711 - 6 octobre 2003

SOMMAIRE

Préface 222

Chapitre I : Identifier la délégation de services publics 223

SECTION I : LA DÉFINITION LÉGALE DE LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC . . . 224

I. Notion communautaire 224

II. Définition française 225
A. La définition légale de la délégation de service public 225
B. Le caractère contractuel de la délégation de service public 226
C. Un service public "délégué" 227

SECTION II : TYPOLOGIE DES DIFFÉRENTS CONTRATS POUVANT CONSTITUER DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC 228

I. La concession de service public 228

II. L'affermage 229

III. La régie intéressée 229

Chapitre II : Eclairer la liberté de choix de l'autorité délégante . . .231

SECTION I : LA LIBERTÉ DE CHOIX DU DÉLÉGANT 231

I. Le principe du libre choix 231
A. Fondement constitutionnel 231
B. Les composantes du principe de libre choix 231

II. Les tempéraments au principe de libre choix 232
A. La soumission des conventions de délégation de service public aux dispositions de la loi Sapin et aux règles générales de concurrence 232
B. L'application du droit du travail 233
C. Les formalités préalables 237

III. Les exceptions au principe de libre choix 238
A. Les domaines où le recours à la délégation de service public est impossible 238
B. Les domaines où la qualité de délégataire est réservée à certaines catégories de personnes morales 239

SECTION II : LA MISE EN ŒUVRE ÉCLAIRÉE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX 239

I. Les paramètres intervenants dans le choix du mode de gestion 239
A. Les paramètres financiers, économiques et techniques 239
B. Les paramètres politiques 239

II. Eclairer les paramètres qui conduisent à recourir a un mode de gestion 240
A. La mise en place d'indicateurs de performance pour les services publics locaux 240
B. L'harmonisation des conditions de compétition entre modes de gestion 242

Chapitre III : Elargir le champ de la délégation de service public . .244

SECTION I : LES PARTENARIATS PUBLIC PRIVE : UNE ORIGINE FRANÇAISE, UN AVENIR ANGLO-SAXON ? 244
Qu'est-ce qu'un partenariat public privé ? 244

I. Le paradoxe français *244*
A. Le succès des entreprises françaises impliquées dans des activités de partenariat public privé à l'étranger **245**
B. La situation du partenariat public privé en France **245**

II. L'émergence d'une approche anglo-saxonne des partenariats public privé *247*
A. Caractéristiques des modèles anglo-saxons **247**
B. Les éléments de différenciation au regard des conventions de délégation de service public **247**

SECTION II : L'EXEMPLE ANGLAIS DU PROJECT FINANCE INITIATIVE (PFI) 248

I. Qu'est-ce que le PFI ? *248*
A. Un programme activement soutenu par les gouvernements britanniques successifs **249**
B. Un montage contractuel de type BOT **250**

II. La mise en œuvre du programme PFI *250*
A. La "value for money" **250**
B. La gestion contractualisée des risques et l'enjeu du refinancement **251**

III. L'avenir du PFI *252*

Préface

La gestion déléguée des services publics aux entreprises suscite aujourd'hui de nombreuses réflexions et débats, auxquels l'Institut de la Gestion Déléguée est par vocation associé. Il y a bien longtemps qu'en France, les collectivités publiques confient la gestion de leurs services publics aux entreprises comme en témoigne notamment la construction emblématique de certaines grandes infrastructures publiques du XIXe siècle : la tour Eiffel, les chemins de fer, les canaux, etc. Se fondant sur les grands principes directeurs du service public - l'égalité, la continuité et la mutabilité -, les praticiens français ont su, par leur pragmatisme, imaginer très tôt les mécanismes d'ajustement permettant de concilier les impératifs de l'intérêt général et les exigences de l'économie de marché. Elle constitue aujourd'hui une expérience riche et diversifiée de partenariat public privé, reconnue dans le monde au sein des institutions internationales comme au sein de nombreux pays qui ont recours aux entreprises françaises pour la gestion de leurs grands projets d'infrastructures.

Toutefois cette pratique doit se diversifier pour s'adapter à de nouveaux contextes. Les attentes sont multiples et traduisent un degré d'exigence nouveau de la part de l'ensemble des acteurs impliqués dans la gestion des services publics. Elles se ramènent néanmoins toutes à une préoccupation centrale. Comment produire des services publics performants, aux meilleurs coûts et dans la meilleure transparence ? La réponse à cette question appelle la mise en place d'une relation de confiance entre autorités publiques et secteur privé, fondée sur des principes exigeants et vertueux. Elle implique également une évolution forte des métiers et des modes de management tant dans le secteur public que privé. Elle exige, enfin, que l'on trouve des solutions techniques, économiques et financières apportant une plus-value collective liée directement au recours au partenariat. C'est dans ce contexte que le gouvernement français s'apprête à compléter le cadre contractuel des partenariats public privé.

La réussite de ce "mariage" suppose, en premier lieu, la satisfaction de pré requis essentiels comme une plus grande capacité des pouvoirs publics à identifier leurs besoins et la qualité du service attendu, puis à évaluer et contrôler l'opérateur par des procédés pluralistes et indépendants. Les élus doivent être capables, en effet, de maîtriser ces nouveaux dispositifs pour concevoir et mettre en œuvre leurs politiques. À cet égard, la loi Sapin, dont on fêtait récemment les 10 ans, a déjà largement contribué à promouvoir un rapport plus équilibré entre délégant et délégataire. Dans cet impératif de progrès, la mobilisation de fonctionnaires, dotés de compétences spécifiques et rompus aux différentes phases de négociation et d'exécution du contrat ou encore le développement de réseaux d'échanges d'expériences entre collectivités publiques constitue une des pistes de réflexion prioritaires. Son succès suppose plus encore la mise en place d'un véritable "esprit de progrès commun". Trop souvent, le secteur privé et le secteur public s'ignorent ou s'affrontent sur des conceptions idéologiques ou formelles. Le partenariat doit se traduire, au contraire, par une compréhension mutuelle des métiers de chacun et par une vision pratique et constructive de la relation contractuelle. Cette approche ne pourra faire l'économie de la mise à disposition, au niveau local, de ressources ayant vocation à soutenir les initiatives. La mobilisation d'experts qualifiés ayant une expérience du secteur privé comme du secteur public serait spécialement adaptée.

Les enjeux liés à un partenariat public privé performant sont essentiels. Ils doivent être soulignés à un moment où les contraintes économiques et le ralentissement de la croissance interpellent de plus en plus les collectivités publiques dans leur mode de gestion interne. Ces contraintes concernent les institutions à tout niveau : l'Etat, soumis aux critères de convergence de l'Union européenne mais aussi les collectivités territoriales qui doivent se préparer à exercer de nouvelles compétences dans le cadre de la décentralisation. En proposant des logiques vertueuses de management dans les services publics et en redéployant l'intelligence administrative autour d'activités stratégiques, la mise en œuvre de partenariats public privé rejoint aussi les préoccupations liées à la réforme de l'Etat. C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente étude, réalisée par Etienne Amblard dans le cadre d'une mission effectuée au sein de l'Institut de la Gestion Déléguée sous la direction de Gilles le Chatelier.

Après avoir rappelé le cadre juridique actualisé des conventions de délégation de service public – approche communautaire, loi Murcef, droit du travail etc. – son auteur ébauche quelques perspectives pour l'amélioration des différents dispositifs. Elle met également en évidence l'évolution de l'approche française au regard du développement international des partenariats public privé et, en particulier, du programme PFI britannique. Son objectif est d'être utile à tous ceux qui, demain, ne manqueront pas d'être interpellés pour faire évoluer leurs pratiques et qui y trouveront une vue d'ensemble nécessaire à la perception des enjeux et à la compréhension des nouveaux cadres contractuels en émergence.

Pierre Van de Vyver
délégué général de l'IGD

Chapitre I : Identifier la délégation de services publics

Le domaine de la gestion déléguée des services publics aux entreprises, connaît aujourd'hui un renouveau. Le législateur a, d'une part, récemment défini les contours longtemps imprécis de la notion de convention de délégation de service et s'apprête, d'autre part, à adopter des nouvelles dispositions pour mettre en place d'autres formules contractuelles de partenariat public privé [1]. À titre liminaire, il convient de rappeler les caractéristiques principales de ce mode de gestion.

En France, les collectivités territoriales disposent d'un pouvoir d'organisation et de gestion des services publics dont elles ont la charge. Le premier, qui consiste à délimiter les missions de ces services publics ainsi qu'à en fixer les règles générales d'organisation, relève de leur compétence exclusive et ne peut être délégué. Le second s'exerce, au contraire, librement au travers du choix entre différents modes de gestion et de la réversibilité de ce choix. Cette liberté découle du principe de libre administration des collectivités territoriales, énoncé à l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 et rappelé à plusieurs reprises par la jurisprudence administrative [2].

Article 72

" Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mis en œuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et

Figure 1 : Modes de gestion en nombre de contrats[3]

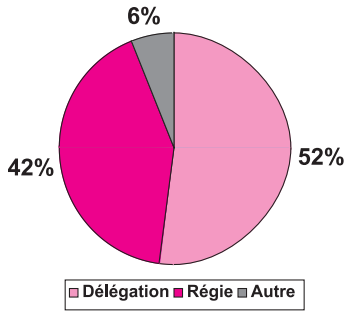


Figure 2 : Modes de gestion pondérés par populations desservies[4]

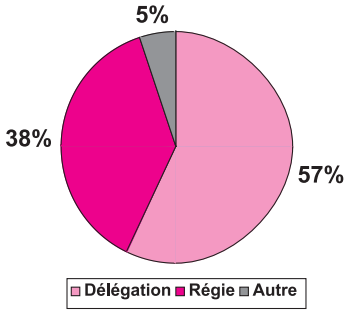
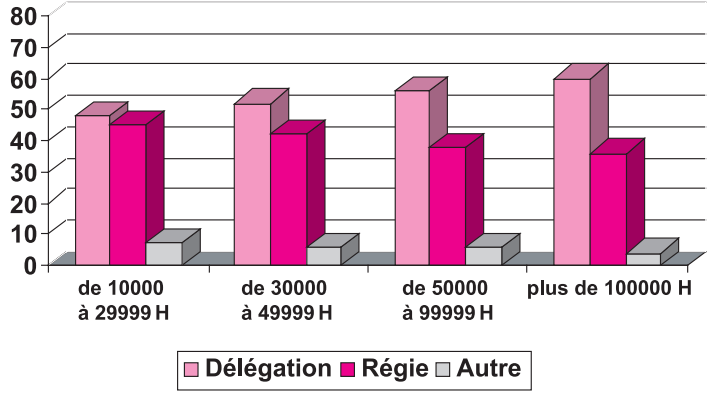


Figure 3 : Répartition des pourcentages de modes de gestion en fonction de la taille des communes[5]



disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences."

Le service peut ainsi être géré directement par la collectivité publique sous la forme d'une exploitation en régie (le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 dispose qu'une régie peut bénéficier de la personnalité morale et de l'autonomie financière ou être dotée de la seule autonomie financière) ou peut être externalisé en direction d'établissements publics (c'est, par exemple, le cas des offices de tourisme), de sociétés d'économie mixte ou d'opérateurs privés. C'est dans ce dernier cas qu'on parle de délégation de service public.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier (Murcef) a, par ailleurs, défini les termes de délégation de service public comme :

"un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service".

D'un point de vue quantitatif, la délégation est le mode majoritaire de gestion des services publics locaux, même si la régie demeure encore fortement présente. Toutefois la part de la gestion déléguée devrait s'accroître de manière significative à l'avenir. Une analyse en nombre de contrats (et non en fonction du chiffre d'affaires) et tous services confondus révèlent que la gestion déléguée est le mode de gestion majoritaire dans les collectivités publiques de plus de 10 000 habitants (Figure 1), et cette proportion s'accroît lorsque l'on tient compte de la quantité de population desservie (Figure 2), ce qui est dû au fait que la part de la gestion déléguée (en nombre de contrats et tous services confondus) augmente avec la taille des collectivités concernées (Figure 3).

Compte tenu des nombreuses incertitudes juridiques qui ont longtemps pesé sur les conventions de délégation de service public, il est, tout d'abord, utile de rappeler leur cadre juridique actuel afin de les identifier au regard d'autres formules contractuelles et du droit communautaire qui ne les appréhende aujourd'hui qu'imparfaitement.

Une bonne gestion des services publics implique ensuite que le libre choix du mode de gestion, dont disposent les représentants des collectivités territoriales en vertu de la Constitution, soit mieux éclairé. Ainsi, il convient de présenter quelques principes de bonne gestion guidant l'action des acteurs et l'application des textes, sur un plan non seulement juridique mais aussi qualitatif et économique.

Il est enfin important de replacer la délégation de service public dans le contexte international du partenariat public privé. Ainsi, s'il est vrai que la pratique française de la gestion déléguée se décline aujourd'hui partout dans le monde, elle doit toutefois faire face à l'émergence de nouvelles formules contractuelles d'origine anglo-saxonne, qui bien que souvent inspirées du modèle concessif français, tendent néanmoins à s'imposer dans les esprits. Tel est, par exemple, le cas du programme britannique des PFI (Project Finance Initiative), illustration particulièrement riche et innovante de ces nouveaux concepts.

Concept ancien et à la lisière de l'économie et du droit, la délégation de service a toujours présenté des contours incertains : d'une part, sa composante principale, le service public, connaît une perpétuelle évolution en vertu du principe de mutabilité auquel il est soumis et, d'autre part, son régime est largement jurisprudentiel ce qui lui confère une certaine souplesse. La consécration récente de la définition de la délégation de service public par la loi constitue, à cet égard, une avancée importante même si certaines incertitudes demeurent (Section I). Elle permet notamment d'établir une typologie des différents contrats susceptibles d'être qualifiés de convention de délégation de service public (Section II).

SECTION I : LA DEFINITION LEGALE DE LA DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Alors que le droit communautaire envisage la gestion déléguée sous l'angle économique sans l'avoir encore réellement "traduite" juridiquement, le droit français, à l'inverse, s'attache à définir précisément la notion de délégation de service public.

I. NOTION COMMUNAUTAIRE

Il est tout à fait frappant de constater que, dans un contexte marqué par une constante imprégnation des règles européennes dans l'ordre juridique interne, la notion de délégation de service public reste relativement étrangère au droit communautaire qui régit, par ailleurs, de façon contraignante le droit des marchés publics.

Les instances communautaires se sont, actuellement, limitées à la description du phénomène des concessions à l'occasion d'une communication interprétative [6] de la Commission Européenne. Elle reprend, pour l'essentiel, la définition de la directive 93/37/CEE, dite directive "marchés de travaux" en précisant :

" qu'il ressort que le principal caractère distinctif de la notion de concession de travaux réside dans l'octroi du droit d'exploiter l'ouvrage comme contrepartie de la construction de celui-ci ; ce droit peut également être accompagné d'un prix "... " Il découle des considérations qui précèdent que, dans une concession de travaux, les aléas inhérents à l'exploitation sont transférés au concessionnaire".

Il apparaît assez clairement à la lecture de cette communication que la Commission s'est surtout attachée à distinguer le "phénomène concessif" de la définition des marchés publics (notamment de travaux) afin de résoudre un problème pratique de qualification. Se cantonnant ainsi à la description d'un phénomène auquel elle n'attache aucun régime juridique

spécifique, la Commission n'a pas souhaité s'engager dans une démarche de définition plus précise. On relèvera, néanmoins, une certaine convergence avec le droit français sur la notion de risque qui est reprise par la communication comme élément de caractérisation des contrats de concession : "dans une concession de travaux, les aléas inhérents à l'exploitation sont transférés au concessionnaire".

De ceci il ressort que cette communication de la Commission, même si elle a encore une portée limitée, a ouvert le débat sur la question d'une définition communautaire de la délégation de service public et ce à l'heure où les instances de l'Union européenne sont sur le point de modifier entièrement les directives relatives aux marchés publics en vue d'unifier, de moderniser et d'assouplir leur régime [7].

Néanmoins, une initiative législative dans le domaine des délégations de service public n'est pas encore à l'ordre du jour 8 : il n'existe, en effet, aucun consensus entre les quinze Etats membres, à la fois, sur l'opportunité de la démarche (certains Etats de l'Union s'opposent à l'adoption de dispositions spécifiques dans un souci de souplesse et au détriment de la sécurité juridique), ainsi que sur le contenu même d'une telle initiative (la définition des services publics relève encore pour une large part de la compétence des Etats et il est donc encore difficile de subordonner l'application d'une règle à une qualification qui peut varier d'un ordre juridique à l'autre). Nul doute, toutefois, que la pratique française de la gestion déléguée joue et jouera encore à l'avenir un rôle fondamental dans le processus qui conduira à l'adoption d'une Directive communautaire dans ce domaine.

Il n'en demeure pas moins, par ailleurs, que les conventions de délégation de service public sont le support d'activités économiques et qu'elles sont, à ce titre, soumises aux règles fondamentales relatives au marché intérieur et aux principes généraux qui ont été dégagés par la Cour de Justice des Communautés Européennes (égalité de traitement, transparence, proportionnalité, etc.) Ceci ressort clairement de l'arrêt de la CJCE, Téléaustria Verlags Gmbh du 7 décembre 2000,[9] qui précise, à propos d'une concession de service public en Autriche, que :

"nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38 [directive du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications], les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité, en général, et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté… ".

Ainsi, l'absence de définition communautaire de la "délégation de service public" met en évidence l'origine française de ce concept qui n'a toutefois connu qu'une consécration législative récente.

II. DEFINITION FRANÇAISE

L'expression "délégation de service public" remonte au début du siècle où elle a été utilisée pour la première fois dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement, Léon Blum [10]. Cependant, le concept de gestion déléguée est plus ancien puisqu'on le retrouve, dès le dix-neuvième siècle, dans le cadre des contrats de concession dans le domaine des chemins de fer (loi du 11 juin 1842) ou encore de la distribution de gaz ou d'eau.

Il faudra attendre la fin du vingtième siècle pour que le législateur consacre cette notion au travers de plusieurs lois : les lois n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et n° 93-122 publiques 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). Ces textes n'ont fait néanmoins que reprendre ce terme sans y attacher de définition précise alors qu'elles soumettaient, par ailleurs, les délégations de service public à un régime juridique spécifique.

C'est donc la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a défini cette notion à l'occasion de contentieux qui portaient sur la distinction entre les contrats de délégation de service public et de marché public. Plusieurs arrêts récents [11] sont ainsi intervenus en précisant qu'il y a délégation "lorsque la rémunération du délégataire est assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation".

A. La définition légale de la délégation de service public

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant Mesures urgentes de réformes à caractère economique et financier, dite loi "Murcef" [12], a retenu une définition identique à celle retenue par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

"Une 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 aux résultats de l'exploitation"

À l'heure où il opérait une grande réforme du Code des marchés publics, il semblait difficile au législateur de ne pas intervenir dans le domaine de la délégation de service public où la pression tant des acteurs économiques que des acheteurs publics était devenue forte, notamment, en raison de l'insécurité juridique qui pesait sur la qualification des contrats. La jurisprudence ayant comblé le vide juridique initial[13] et ayant atteint un équilibre relativement satisfaisant, il lui est apparu opportun d'en quelque sorte "codifier" les décisions rendues sur le sujet.

Si certains ont pu s'interroger sur l'opportunité de figer ainsi la notion de la délégation de service public, alors que la souplesse de sa définition avait participé indéniablement à son succès, on doit aussi reconnaître que le législateur apporte plusieurs précisions de nature à sécuriser l'état du droit dans ce domaine.

Tout d'abord, le législateur rappelle que c'est **une personne morale de droit public qui assume la responsabilité du service**. La précision est utile à l'heure où le droit des marchés publics reconnaît parfois à des personnes privées, la qualité d'entité adjudicatrice dans le cadre des contrats "in house" [14].

La réaffirmation de l'idée selon laquelle la personne publique reste responsable du service permet, ensuite, de mieux clarifier le rôle du délégant et du délégataire. Le premier délimite les missions du service public dont il a la charge et en fixe les règles générales d'organisation dans le cadre des textes en vigueur[15]. Le second assure la gestion de l'exploitation du service ce qui désigne "l'ensemble des moyens matériels, financiers, humains permettant d'aboutir à la fourniture de la prestation de service public" [16]. La loi met ainsi en évidence l'intérêt pour la collectivité de bien définir les missions de service public et de bien maîtriser, par la suite, leur mise en œuvre dans le cadre du contrat qu'elle conclut avec l'opérateur.

Le législateur précise ensuite que **le délégataire de service public peut être une personne publique ou une personne privée**. En pratique, la gestion déléguée s'opère essentiellement vers des entreprises du secteur privé. Toutefois, le droit communautaire interdit aujourd'hui toute discrimination entre opérateurs publics et privés.

Le législateur prend, par conséquent, acte de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes qui définit classiquement l'entreprise, selon un critère matériel indifférent à sa forme juridique de droit public ou de droit privé, comme "une entité exerçant une activité économique indépendante de son statut juridique et de son mode de financement" [17]. Dès lors, un opérateur public, c'est-à-dire une personnalité morale de droit public exerçant une activité économique, pourra être autorisé à concourir, aux côtés d'opérateurs privés, dans le cadre de processus d'attribution de contrats mais à la condition que sa présence ne constitue pas une distorsion aux règles de concurrence.

Le Conseil d'Etat a, à cet égard, précisé dans l'avis du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultant, [18] que l'opérateur public devait notamment répondre à deux exigences : le prix de sa prestation doit être calculé sur une base économique réelle et il est tenu de mettre en place une comptabilité analytique pour garantir plus de transparence entre le financement de ses activités régaliennes et le financement de ses activités économiques. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 16 octobre 2000, Compagnie Méditerranéenne d'exploitation[19], avait précédemment admis qu'un établissement puisse soumissionner dans le cadre d'une procédure d'attribution de délégation de service public :

"Considérant que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposé par une collectivité territoriale ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain et sans dénaturer les pièces du dossier que le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Bastia a estimé que les subventions que reçoit l'office d'équipement hydraulique de la Corse et les négociations qu'il menait avec le district de Bastia pour la conclusion d'autres contrats ne le plaçaient pas dans une situation avantageuse par rapport aux autres candidats".

Cette évolution apparaît également au travers de la réforme du cadre d'intervention des prestations d'ingénierie publique opérées, par l'Etat, pour le compte des collectivités territoriales[20]. De ce fait, les contrats conclus par l'Etat en vue de la réalisation de ces prestations (essentiellement de maîtrise d'œuvre) sont désormais soumis à l'application combinée du Code des marchés publics et des règles générales de concurrence, s'agissant notamment de la "loyauté" des interventions de l'administration.

La nouvelle définition précise, enfin, que **"le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service"**. Ce rappel évident semble avoir été motivé par la volonté d'opérer ici une distinction entre les délégations de service public et les marchés publics qui doivent, en vertu de l'article 10 du nouveau Code des marchés publics, faire l'objet de lots séparés quand ils portent sur la construction, d'une part, et sur la maintenance et l'exploitation, d'autre part. Cependant, d'autres éléments de la définition apparaissent plus fondamentaux.

B. Le caractère contractuel de la délégation de service public

Dans le domaine de la gestion déléguée, la pratique contractuelle est très courante et la plupart des délégations sont des contrats. Néanmoins, il est à noter que certains actes administratifs unilatéraux, ayant pour objet de confier un service public à une entreprise, ont été qualifiés de délégation de service public.

Selon l'avis d'une majorité, la loi "Sapin" avait implicitement exclu du régime de la gestion déléguée ce type d'acte unilatéral en fixant les règles générales portant sur la procédure de délégation (mise en concurrence et caractéristiques du contrat : durée, équation financière, avenant, etc.). Il est également permis de penser qu'ils ne relèvent pas non plus des procédures instituées par les directives communautaires sur les marchés publics et la concession de travaux[21].

À l'heure actuelle, le doute n'est plus permis puisque la loi qualifie expressément les délégations de service public de contrats. Cette clarification est appréciable : la matérialisation de la relation entre un délégant et un délégataire, par un document contractuel est, en effet, une garantie de transparence. Elle permet ainsi, dans un esprit de confiance mutuelle, d'assigner des objectifs précis à l'opérateur et de clarifier son rôle vis-à-vis de l'autorité organisatrice.

À cet égard, la Charte des services publics locaux, éla-

borée par l'Institut de la gestion déléguée et signée le 16 janvier 2002, s'inscrit dans le prolongement de la loi en prônant notamment la généralisation de la pratique contractuelle et ce quel que soit le mode choisi pour gérer le service public.

C. Un service public "délégué"

Pour qu'un contrat soit qualifié de délégation de service public, il doit remplir deux conditions : en premier lieu, avoir pour objet l'exploitation d'un service public, condition nécessaire mais, néanmoins, insuffisante, ce qui conduit le juge à recourir à un critère subsidiaire fondé sur la rémunération de l'opérateur.

1. Le contrat a pour objet l'exploitation d'un service public

L'exploitation d'un service public est le premier élément à rechercher pour identifier une convention de délégation de service public, ce qui paraît évident mais qu'il est important de mentionner. Cette condition a été rappelée par le Commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 février 1999, Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de la Ciotat, et implique, en pratique, d'identifier une activité de service public qui soit elle-même déléguée.

Ainsi, il faut, tout d'abord, identifier une activité de service public. Les réticences du Conseil d'Etat à présenter de façon explicite cette condition ont été mises en évidence par la doctrine, à l'occasion de plusieurs décisions22 et s'expliquent, sans doute, par des considérations pratiques liées à la difficulté de cerner la notion de service public. On rappellera, à cet égard, la définition classique utilisée par le juge pour ce faire : il s'agit d'une activité d'intérêt général, assurée par une personne publique ou une personne privée placée sous son contrôle et soumise totalement ou partiellement à un régime de droit public. En outre, dans la suite de ce travail, certains développements montreront que certaines activités de service public ne sont pas, en raison de leur nature, susceptibles de faire l'objet de délégations.

En second lieu, le délégataire ne doit pas simplement participer à l'exploitation du service mais doit, au contraire, assurer, comme le rappelle le Commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal[23] :

" une véritable exploitation du service dont l'ouvrage est le support public. Rénover, entretenir, voire refaire entièrement un ouvrage et garantir dans la durée son bon fonctionnement n'est pas l'exploiter. Il est bien évident que l'entreprise qui rénove, par exemple, un lycée et l'entretient sur plusieurs années n'assure pas le service public de l'enseignement".

De ceci, il ressort que l'objet de service public est un critère nécessaire mais pas suffisant pour qualifier un contrat de "convention de délégation de service public". Il se double ainsi d'un autre critère, celui de la rémunération.

2. La rémunération du cocontractant doit être substantiellement liée au résultat de l'exploitation

La loi, reprenant les termes utilisés par le Conseil d'Etat dans ses arrêts récents, dispose que la rémunération du délégataire "doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation" mais n'explicite pas, en revanche, ce qu'elle entend par cette expression.

Il semble, au préalable, acquis que le critère de "l'origine des ressources", qu'on avait parfois fait prévaloir pour identifier "une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation" (l'idée étant ici que seule une somme prélevée directement sur l'usager, par le biais, d'une redevance constituait une telle rémunération), n'est plus aujourd'hui décisif et ce, en dépit du fait que le paiement par l'usager final reste certainement la solution de base des contrats de délégation de service public. Le Conseil d'Etat a, en effet, jugé[24] que, dans le cadre d'un service public de traitement des déchets où la somme n'est pas directement perçue sur l'usager, la rémunération prévue, versée directement par la commune mais liée à la performance du délégataire, est "substantiellement liée aux résultats de l'exploitation". À l'inverse, il a décidé dans un autre arrêt[25] que la rémunération perçue directement sur des usagers captifs, dans le cadre d'un service de distribution d'eau (faible élasticité du prix : son augmentation n'aurait pas d'influence sensible sur la consommation car il s'agit d'une ressource essentielle), ne fait pas apparaître un lien suffisant avec les résultats d'exploitation.

Peu d'éléments permettent ensuite d'identifier le seuil à partir duquel naît un lien substantiel entre la rémunération et le résultat d'exploitation. Selon la plupart des commentateurs de la jurisprudence, ce seuil devrait être analysé concrètement et au cas par cas, au regard de l'équilibre économique du contrat. Le Conseil d'Etat a, en effet, considéré[26] que la rémunération était substantiellement assurée par les résultats d'exploitation dès lors que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par la collectivité publique était d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant alors que, plus récemment, la Cour d'appel de Marseille a estimé[27] qu'une rémunération composée à 90 % par un prix payé par le délégant et à 10 % par des redevances perçues sur les usagers était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation.

a) L'interprétation du critère de la rémunération par la notion de risque

Un éclairage sur le lien existant entre la rémunération et les résultats de l'exploitation a été fourni par le Commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 1999 SMITOM[28] :

"... La notion de rémunération liée substantiellement aux résultats de l'exploitation renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée "aux risques et périls du concessionnaire" mais aussi à celle, englobante, de délégation

de service public "…" Nous ne concevons pas la délégation sans responsabilités".

Plus généralement, Catherine Bergeal s'attache à démontrer que le principe selon lequel l'Etat donne à un opérateur la possibilité d'exercer un service au profit d'une collectivité et, par cette délégation, la charge aussi du risque lié à l'exploitation de cette activité est assez ancienne : il se situe ainsi dans la continuité de l'arrêt Ville de Colombes[29] et a été rappelé notamment dans les conclusions d'Olivier Dutheillet de Lamothe sous une décision du Conseil d'Etat du 18 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres[30] :

"le véritable critère nous paraît être que le concessionnaire tire sa rémunération, sous une forme ou sous une autre de l'exploitation du service"

Cette interprétation du critère de la rémunération par l'utilisation de la notion de risque est d'autant plus convaincante qu'elle rencontre aujourd'hui un certain écho au niveau communautaire du fait de la jurisprudence de la CJCE[31] et suite à la communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 précité qui précise dans son chapitre deux, consacré à la définition et à la problématique générale des concessions, que :

§2-1-2- "Le concessionnaire (de travaux) assume non seulement les risques liés à toute construction mais il devra supporter également les risques inhérents à la gestion et à la fréquentation de l'équipement". "En effet, rentrent toujours dans la définition de la concession, les hypothèses où un prix est payé par l'Etat en contrepartie des travaux effectués pourvu qu'il n'élimine pas le risque inhérent à l'exploitation." "(pour les services), une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause en se rémunérant sur l'usager, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le mode de rémunération est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation"

Néanmoins cette interprétation n'est pas encore consacrée expressément par la jurisprudence et ne s'impose d'ailleurs pas avec évidence dès lors que la relation entre la rémunération et les résultats de l'exploitation ne traduit pas forcément la notion de "risques et périls", loin s'en faut (il suffit, à cet égard, de prendre l'exemple d'une convention de délégation de service public où les résultats de l'exploitation seraient acquis par avance). La mise en œuvre d'un tel critère s'avérerait, en tout état de cause, délicate.

b) L'utilisation délicate de la notion de risque

Si une telle interprétation du critère de la rémunération était consacrée, la rémunération du délégataire pourrait prendre toutes les formes pratiquées dans les contrats de partenariat public privé internationaux. La question serait alors d'apprécier dans quelle mesure les risques de rémunération et d'exploitation de l'entreprise sont corrélés. L'idée étant ici que le critère du risque serait rempli dès lors que les différentes composantes du risque d'exploitation influenceraient peu ou prou la rémunération (au sens de la marge nette).

En dépit du fait que la notion de "risque" se trouve au cœur des conventions de délégation de service public dont la bonne exécution repose sur l'identification, le partage et l'allocation optimale des différents risques inhérents au contrat (notamment par le transfert de certains d'entre eux au secteur privé), l'utilisation de ce critère juridique de qualification pourrait aussi s'avérer délicate compte tenu de son imprécision.

On peut ainsi douter de la pertinence économique de ce critère pour la prise en compte de risques d'exploitation n'influençant pas directement et uniquement la rémunération que tire l'opérateur du contrat (récompenses commerciales ou pertes de marchés consécutives à l'évolution de la réputation par exemple) ou d'aléas indépendants des performances industrielles et commerciales de l'entreprise (coût d'élimination des déchets, recette de ventes de sous-produit, politique financière, etc.)

En s'appuyant sur la définition donnée par la loi Murcef, il est possible de dégager une typologie des différents contrats susceptibles de revêtir la qualification de convention de délégation de service public.

SECTION II : TYPOLOGIE DES DIFFERENTS CONTRATS POUVANT CONSTITUER DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Le nom donné aux contrats est parfaitement indifférent de leur nature juridique et la diversification extrême des mécanismes prévus au sein de ces contrats, qui a notamment été rendue possible par les lois de décentralisation[32], a pour conséquence la multiplication des conventions susceptibles d'être qualifiées de délégations de service public. Vu le nombre important de contrats pouvant revêtir cette qualification, cette typologie se cantonnera à en rappeler les principales catégories : la concession, l'affermage et la régie intéressée.

I. LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

Apparue au dix-neuvième siècle pour permettre le financement des ouvrages ferroviaires ainsi que des ouvrages de production et de distribution de gaz ou d'électricité, la concession de service public constitue la forme la plus traditionnelle des conventions de délégation de service public.

La spécificité de la concession réside essentiellement dans le fait que la collectivité publique va confier à l'opéra-

teur, outre la gestion du service, la charge de construire et de financer les infrastructures qui en seront le support. Le concessionnaire assure le service "à ses risques et périls" et se rémunère, en principe, par voie de redevance sur les usagers du service. Dans le cadre de sa mission, un large panel de risques lui est transféré : ainsi, outre les risques d'exploitation qu'il supporte dans leur globalité, il assume également une grande partie des risques liés au financement et à la construction des ouvrages. Par exemple, le concessionnaire est souvent tenu responsable des dommages causés au tiers par les infrastructures.

Par ailleurs, compte tenu de la nécessité pour l'opérateur d'amortir les investissements qu'il a réalisés et de couvrir les charges d'exploitation du service, les contrats de concession sont souvent conclus pour des périodes longues. Ils doivent cependant respecter les prescriptions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, au terme duquel :

"Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée (...) "

Les biens acquis ou construits par le concessionnaire reviennent le plus souvent à la collectivité au terme du contrat. On parle alors de "biens de retour" si la convention prévoit une reprise automatique de ces biens sans contreparties financières ou de "biens de reprise" si elle donne à la collectivité la simple faculté de les reprendre moyennant le paiement d'une indemnité.

Dans le cadre de la réalisation d'infrastructures complexes, la concession permet à l'autorité organisatrice de bénéficier d'un savoir-faire et de compétences dont elle ne dispose pas toujours au sein de ses propres services. Elle est également une réponse à l'endettement des collectivités publiques qui peuvent, grâce au mécanisme concessif, financer des investissements lourds tout en reportant leurs coûts sur les générations futures d'usagers ou de contribuables.

II. L'AFFERMAGE

Particulièrement répandus dans le domaine de l'eau, les contrats d'affermage constituent une autre forme de convention de délégation de service public. L'affermage se distingue de la concession notamment par le fait que le "fermier" n'a pas la responsabilité des premiers travaux d'établissement de l'infrastructure qui sert de support à l'exploitation du service. Ceci conduit parfois à comparer l'affermage à un contrat de location. Cette vision est néanmoins un peu réductrice dès lors qu'elle omet l'essence même de l'activité de l'opérateur, à savoir l'exercice d'une mission de service public. Une autre spécificité de l'affermage réside dans l'existence d'une surtaxe prélevée par le "fermier" sur l'usager (en plus du prix qu'il perçoit) puis reversée à la collectivité pour permettre à cette dernière d'assurer l'amortissement des installations qu'elle a financées.

Comme en matière de concession, le fermier assure le service à ces "risques et périls" et il ne peut se garantir des aléas inhérents à l'exploitation auprès de la collectivité publique. Les risques qu'il encourt sont cependant plus limités que ceux supportés par le concessionnaire, dès lors qu'il n'assume pas la responsabilité liée aux travaux de construction de l'infrastructure. Par ailleurs, l'opérateur n'ayant pas à prendre en charge l'amortissement des investissements liés a ces premiers travaux, les contrats d'affermage sont généralement conclus pour des périodes plus courtes que les contrats de concessions. À ce titre, il est intéressant de relever que le cahier des charges-type, élaboré en 1980 pour l'exploitation par affermage de services de distribution publique d'eau potable, prévoit une durée de contrat de douze ans[33].

Du fait de cette durée relativement courte, l'affermage permet aussi une meilleure réversibilité des choix de gestion, opérés par la collectivité publique. Cette dernière délibère, en effet, plus fréquemment sur l'opportunité de revenir en régie directe ou de changer de délégataire.

Le recours à l'affermage contribue, ensuite, à un meilleur contrôle par la collectivité publique de la mission de service public qu'elle a choisie de déléguer[34]. Responsable des installations liées à l'exploitation du service, elle connaît mieux son patrimoine et dispose, par conséquent, d'une meilleure maîtrise des investissements nécessaires à sa bonne gestion. La jurisprudence du Conseil d'Etat[35] laisse, par ailleurs, à la collectivité publique affermante, le choix entre exécuter elle-même les travaux supplémentaires, les faire réaliser par une entreprise tierce ou encore les confier au fermier[36]. Ceci constitue un élément de souplesse notable au regard du régime de la concession où ces travaux reviennent de droit au concessionnaire en vertu d'un principe de protection de celui-ci contre la concurrence[37].

III. LA REGIE INTERESSEE

Bien qu'assez éloignée dans son concept de la concession ou de l'affermage, la régie intéressée peut également constituer une forme de convention de délégation de service public dès lors qu'elle s'opère aux risques et périls de l'opérateur. La régie intéressée doit, tout d'abord, être distinguée de la régie directe

par le fait qu'elle implique le recours à une entreprise dotée de la personnalité morale et liée à la collectivité publique par un contrat.

Le titulaire du contrat de régie intéressée, appelé régisseur, est chargé la gestion du service. Dans le cadre de l'exercice de cette mission, il est notamment amené à prélever une redevance sur les usagers. Contrairement à l'affermage ou la concession, le régisseur ne prélève pas cette redevance pour son compte propre mais pour le compte de la régie, c'est-à-dire la collectivité publique organisatrice du service. C'est notamment pour cette raison que sa situation est parfois comparée à celle d'un mandataire.

Une rémunération, composée de deux parties, est ensuite reversée par la collectivité au régisseur. Une première partie fixe est calculée sur la base des charges d'exploitation, indépendamment des résultats de gestion obtenus. Une seconde partie, variable, est calculée sur la base des résultats d'exploitation et correspond à la marge dégagée par l'opérateur. C'est sur ce dernier point que la régie intéressée doit être distinguée de la gérance où l'opérateur reçoit une rémunération sur la base de facteurs indépendants des résultats d'exploitation.

La régie intéressée se caractérise par des durées de conventions relativement courtes et par le niveau de pouvoir fort que conserve la collectivité, dans le cadre de la relation contractuelle qu'elle engage avec l'opérateur. Ce dernier sera, par conséquent, particulièrement soucieux de remplir les objectifs fixés par la régie, qui déterminent sa part variable de profit.

Chapitre II : Eclairer la liberté de choix de l'autorité délégante

SECTION I : LA LIBERTÉDE CHOIX DU DELEGANT

La liberté de choix du délégant découle de la Constitution. Elle connaît néanmoins des tempéraments et des exceptions. Sur un plan moins juridique, il apparaît aujourd'hui que les paramètres qui concourent à la mise en œuvre de cette liberté doivent être éclairés par des principes de bonne gestion.

I. LE PRINCIPE DU LIBRE CHOIX

Le principe de libre choix trouve son fondement dans Constitution. Sa mise en œuvre met en évidence les différentes libertés qu'il garantit.

A. Fondement constitutionnel

Comme il a été précédemment rappelé, ce principe découle de l'application combinée des articles 72 et 34 de la Constitution de 1958 et ce, même si le principe de libre choix n'est pas évoqué explicitement par le texte. Ainsi, au terme de l'article 72 : "les collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences…". L'article 34 précise, par ailleurs, ces conditions : "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources".

Il revient, dès lors, au législateur d'encadrer la mise en œuvre du principe de libre administration des collectivités territoriales et, par là même, des modalités de gestion des services publics dont elles ont la charge. Il est important de noter que le législateur ne fixe pas de règles en la matière, mais se limite à la détermination de "principes généraux", le constituant ayant souhaité laisser ainsi une certaine marge de manœuvre aux collectivités territoriales. Dans le cadre du contrôle des dispositions de cette loi du 29 janvier 1993 précitée visant à limiter la durée des conventions de délégation de service public, le Conseil constitutionnel a précisé38 :

"qu'il est loisible au législateur de proscrire la conclusion de contrats de délégation de service public à durée indéterminée et d'indiquer que la durée des conventions doit tenir compte de la nature et du montant des investissements à réaliser par le délégataire ; que s'il a précisé à cette fin que la durée de concession ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, il a laissé ainsi, sous le contrôle du juge, une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées… "

Le principe de libre choix, par la collectivité publique, de son mode de gestion a été confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il l'a reconnu à propos du choix d'une commune d'écarter l'exploitation en régie directe d'un service de distribution d'eau au profit de l'affermage de ce service[39] ou encore du choix d'abandonner la gestion en régie d'un service de distribution de gaz et d'électricité en vue de confier cette mission à une société d'économie mixte[40]. Le législateur dispose, en outre, d'une compétence exclusive pour mettre en œuvre le principe de liberté de choix, le pouvoir réglementaire ne pouvant apporter des restrictions à l'exercice de ce principe comme le rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat[41].

B. Les composantes du principe de libre choix

La reconnaissance de ce principe dans l'exercice, par la collectivité territoriale, des modalités de gestion de son service public sous-tend l'existence de deux libertés : une première concerne le choix discrétionnaire de la collectivité de recourir à un système en gestion directe ou à un système en gestion déléguée et la seconde concerne le choix opéré par la collectivité sur le type de convention qu'elle souhaite conclure et sur la personne du délégataire, dans l'hypothèse où elle décide de recourir à une gestion déléguée.

En outre, ce principe du libre choix ne devrait pas s'entendre qu'à un moment donné mais devrait aussi pouvoir être mis en œuvre périodiquement pour permettre à la collectivité de faire évoluer les modalités de gestion du service public dont elle a la responsabilité. Si un tel principe de réversibilité n'a pas encore été consacré expressément par le législateur ou par la jurisprudence, il tend néanmoins à s'affirmer comme en témoigne son inscription dans l'un des sept objectifs prônés par la Charte des services publics locaux ou encore dans une proposition figurant dans l'avis du Conseil économique et social en date du 24 avril 2001, présenté par M. Claude Martinand, et consacré à "la maîtrise des services publics urbains en réseau"

Comme nous le verrons par la suite, la mise en œuvre du principe de libre choix du mode de gestion implique que soient mieux prises en compte les distorsions qui existent entre les modes de gestion directe et les modes de gestion déléguée notamment sur le plan fiscal ou en matière de droit du travail.

II. LES TEMPERAMENTS AU PRINCIPE DE LIBRE CHOIX

Même si le libre choix est un principe consacré, il est limité et encadré par certains éléments. Ainsi, la conclusion d'une convention de délégation de service public est soumise aux dispositions de la loi Sapin et aux règles générales de concurrence. Elle est, en outre, soumise à l'application du droit du travail et à certaines exigences procédurales.

A. La soumission des conventions de délégation de service public aux dispositions de la loi Sapin et aux règles générales de concurrence

Si le principe de libre concurrence peut être considéré comme un des aspects de la liberté du commerce et de l'industrie[42], il est, en revanche, important de rappeler que les logiques du droit de la concurrence et du droit de la commande publique que l'on retrouve dans la loi Sapin, si elles se rapprochent souvent, ne convergent pas nécessairement. Du côté des opérateurs, le droit de la concurrence vise en priorité à instaurer des principes d'égalité et de sincérité. Du côté du pouvoir adjudicateur, le droit de la commande publique recherche l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ressort de ceci que, si les effets sont souvent identiques, l'objet est différent.

À ce titre, une décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes[43] illustre les antagonismes qui peuvent parfois exister entre la philosophie du droit de la concurrence et la philosophie du droit de la commande publique. Rendu à propos de l'application de la directive 92/50 à un soumissionnaire semi-public qui bénéficiait d'importantes subventions de l'Etat allemand, l'arrêt précise :

"Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires garanti par la directive 92/50 CE, n'est pas violé au motif que le pouvoir adjudicateur admet, à une procédure de passation de marché public de service, des organismes qui reçoivent de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs des subventions permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs".

Le choix d'un délégataire de service public par une collectivité publique est, en premier lieu, soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence organisées par la loi Sapin et inspirées du droit des marchés publics. Les actes administratifs de dévolution du service public qui matérialisent ce choix sont, en second lieu, soumis systématiquement aux règles générales de concurrence par le juge administratif.

1. L'application des articles 38 et suivants de la loi Sapin

Ces dispositions votées par le législateur en 1993 ont été codifiées aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Elles constituent un encadrement procédural qui consiste à imposer aux élus les conditions permettant d'aboutir à un choix éclairé et transparent, choix qui relève de leur seule volonté au terme de la procédure.

Dans ce but, la procédure de type "loi Sapin" permet d'établir plusieurs offres concurrentes. Une liste de candidats admis à concourir, présentant suffisamment de garanties professionnelles et financières, est ainsi dressée. Ces candidats prennent ensuite connaissance d'un document définissant les caractéristiques principales des prestations que la collectivité souhaite voir réaliser. Sur la base de ce document, des offres sont enfin présentées à la collectivité qui les discute alors librement et choisit, au terme des négociations, le délégataire.

Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des délégations de service public à l'exception des cas prévus à l'article L1411-12 du Code général des collectivités territoriales44. Il est à noter que les concessions de travaux de seuil communautaire sont, en outre, soumises à certaines dispositions de la directive 93/37/CEE.

2. L'application des règles générales de concurrence

Le principe de libre choix se trouve aussi encadré aujourd'hui par l'application des règles générales de concurrence. L'article L410-1 du Code de commerce dispose, en effet, que les règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence s'appliquent :

"...à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public."

Si, en dépit de cette disposition, l'on a pu considérer un temps que la décision de déléguer la gestion d'un service public n'était pas soumise au respect du droit de la concurrence[45], cette période est révolue depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, Société Million et Marais[46]. Dans cet arrêt, le juge accepte d'examiner la légalité d'un contrat administratif portant sur la concession d'un service de Pompes funèbres au regard des règles de concurrence prohibant les abus de position dominante :

"si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des Pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 du Code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 [règles relatives à l'abus de position dominante] ".

Le libre choix du délégant trouve donc ici une nouvelle limite puisque ce dernier devra désormais prévoir les conséquences des conventions de gestion déléguée qu'il conclut au regard du droit de la concurrence et s'assurer notamment qu'il ne place pas le délégataire dans une situation prohibée telle que la constitution d'un abus de position dominante ou encore d'une entente. Pour ce dernier type d'infraction, un avis du Conseil de la concurrence est d'ailleurs venu récemment rappeler que, comme en matière de marchés

publics, les règles fixées par l'article L.420-1 du Code de commerce interdisaient les ententes anticoncurrentielles entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public[47].

B. L'application du droit du travail

L'application du droit du travail dans le domaine de la gestion déléguée est rendue complexe par la multitude des catégories de personnel. Il convient donc, en premier lieu, de préciser le régime juridique applicable aux différents agents impliqués dans la gestion des services publics locaux pour s'intéresser, ensuite, aux problèmes posés par l'application du droit du travail en cas de changement de mode de gestion du service public.

1. Les différentes catégories de personnel impliquées dans la gestion des services publics locaux

Pour leur fonctionnement, les services publics peuvent employer deux catégories de personnels: ainsi, le personnel dit "sous contrat" se distingue des fonctionnaires territoriaux et agents assimilés qui, placés dans une situation statutaire et réglementaire, sont nommés dans un emploi permanent et titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative d'une collectivité. Le recrutement d'agents par voie contractuelle est autorisé par la loi[48] pour l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. La distinction fonctionnaire personnel contractuel doit être croisée avec une seconde distinction reposant sur la qualité d'agents publics ou d'agents privés. Elle concerne le personnel sous contrat des services publics locaux, les fonctionnaires statutaires ne pouvant pas être des agents de droit privé même s'ils peuvent être sous certaines conditions "détachés" dans des entreprises. La situation de certains contractuels est, en effet, régie par des statuts réglementaires et unilatéralement modifiables par l'administration et ce, en dépit du lien contractuel qui les unit à la collectivité. Les agents contractuels publics se distinguent alors des fonctionnaires territoriaux notamment du point de vue de leur recrutement qui s'opère par simple candidature et non par concours.

Cette distinction fonctionnaire/contractuel établie, il convient maintenant de préciser le régime juridique applicable au personnel contractuel des services publics locaux avant de s'intéresser au détachement des fonctionnaires auprès des entreprises privées gestionnaires de services publics locaux.

a) Les agents contractuels des services publics locaux

L'identification de la détermination de la nature du contrat permet ensuite de déterminer le régime juridique qui lui est applicable. Ainsi, des contrats de nature différente peuvent lier l'agent contractuel et son employeur. Si le contrat est un contrat administratif l'agent sera public, mais si, au contraire, le contrat est de droit privé, l'agent sera considéré comme privé. Cette démarche présente notamment un intérêt pour déterminer la juridiction compétente en cas de contentieux portant sur l'exécution du contrat. En effet, à l'inverse du cas des entreprises privées délégataires de service public où le critère organique est déterminant et duquel découle le fait que la relation qui les lie à leurs employés est toujours de droit privé, les contrats que les collectivités territoriales passent pour recruter certains de leurs agents ne sont pas nécessairement des contrats administratifs.

Il convient alors, pour identifier le régime applicable aux contrats, de recourir aux règles générales applicables en droit public. Il importe ainsi, tout d'abord, de déterminer la nature du service public géré (service public administratif (SPA) ou service public industriel et commercial (SPIC)). Le recours à la technique du faisceau d'indices permet, en premier lieu, de distinguer concrètement ces deux types de service. Les indices utilisés par le juge[49] sont l'origine des ressources du service (perception directe sur l'usager ou redevance), l'objet et la nature de l'activité (activité de production, de distribution et de service ou non) et, enfin, les modalités d'organisation et de fonctionnement du service (comparables ou non à celles rencontrées dans une entreprise privée). Dans le cadre des services publics administratifs, il est ensuite nécessaire d'utiliser les critères jurisprudentiels dégagés par le Conseil d'Etat pour identifier les contrats publics. Le contrat de recrutement d'un agent sera ainsi considéré comme public s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun[50] ou s'il a pour effet de faire participer directement l'agent à un service public administratif[51]. L'application de ce dernier critère avait abouti à une jurisprudence complexe qui distinguait les agents contractuels recrutés pour l'exécution directe du service et ceux recrutés pour les "simples besoins du service" correspondant à des tâches annexes quoique nécessaires au service. Ainsi, pour une femme de service qui assurait d'abord l'entretien des locaux puis la garde des enfants dans une école, le Tribunal des Conflits considérait que, dans un premier temps, son contrat était de droit privé, puis, dans un second temps, de droit public[52]. Cette jurisprudence a été abandonnée en 1996 et désormais "les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi" [53].

Dans le cadre de services publics industriels et commerciaux, la qualité d'agents contractuels privés est reconnue de façon générale au personnel de ces services. Il convient toutefois de réserver le cas de l'agent en charge de la direction du service et du comptable, s'il a la qualité de comptable public, car tous deux se voient reconnaître la qualité d'agents publics sans qu'il y ait lieu de recourir aux critères jurisprudentiels[54].

Ayant passé en revue la nature des différents contrats, il importe, comme annoncé précédemment, d'observer les régimes juridiques qui leur sont applicables, ce qui conduit à étudier successivement les spécificités du régime juridique des personnels contractuels de droit public et celles des personnels contractuels de droit privé impliqués dans la gestion des services publics locaux.

En ce qui concerne **les agents contractuels de droit public**, l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose, tout d'abord,

que "sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont " " occupés par des fonctionnaires". En outre, la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale et la loi n°84-16 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'Etat prévoient que les fonctionnaires sont recrutés, en principe, par concours. Ce n'est donc qu'à titre dérogatoire qu'une collectivité publique peut recourir à des agents contractuels de droit public. Dans le cadre de la fonction publique territoriale, leur statut est notamment organisé par le décret n°88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale. Ils disposent globalement d'un régime moins favorable que celui applicable aux fonctionnaires.

Le recrutement de tels agents s'inscrit le plus souvent dans une démarche de court terme liée à l'exécution de tâches temporaires et spécifiques. Pour cette raison, le contrat de droit commun est le contrat à durée déterminée alors que le contrat à durée indéterminée reste exceptionnel en droit de la fonction publique. La règle se trouve inversée au regard des dispositions du Code du travail qui ne sont pas applicables, de façon générale, aux agents contractuels de droit public. Ainsi, en droit public, des textes déterminent souvent la durée des contrats. Les contrats liés à une vacance momentanée d'emplois (congé de maternité, service national, etc.) ont, par exemple, une durée maximale d'un an. Dans les cas où le contrat de recrutement ne prévoit aucune durée, le Conseil d'Etat considère alors qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. Il se montre ainsi soucieux de la protection des agents qui n'ont pas à supporter les conséquences des irrégularités entachant leur contrat de travail. Enfin, lorsque le contrat ne comprend pas de terme certain (il est conclu pour une période donnée et non de telle date à telle date) et qu'il contient une clause de tacite reconduction, le Conseil d'Etat a longtemps considéré que le contrat devenait aussi un contrat à durée indéterminée après son renouvellement tacite. Cette solution a néanmoins été abandonnée dans un arrêt récent[55].

La question du renouvellement ou de la résiliation du contrat se pose souvent en pratique. Les contrats à durée déterminée prennent fin à l'échéance prévue initialement par les cocontractants. Lorsqu'un agent relevant du régime du décret n°88-45 du 15 février 1988[56], a été engagé pour une durée déterminée susceptible d'être reconduite, l'administration doit néanmoins respecter un préavis pour notifier la non-reconduction du contrat à l'agent. En toute hypothèse, ce dernier ne dispose jamais d'un droit acquis au renouvellement de ce contrat et la décision de non-renouvellement n'a pas, en principe, à être motivée.

Dans le cadre d'une résiliation qui peut concerner, à la fois, des contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée, il n'existe pas de régime général de protection de l'agent comme le régime du licenciement prévu par le Code du travail. La procédure est toutefois encadrée par des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat et le décret du 15 février 1988 lorsque cela concerne les agents de la fonction publique territoriale. La résiliation ne peut tout d'abord intervenir que pour des motifs de régularité. Elle peut être opérée par l'administration sur le fondement de l'intérêt général (réorganisation du service, suppression du service, etc.) ou lorsque l'agent a commis une faute. Dans ce dernier cas, il s'agit d'hypothèses proches de celles rencontrées dans le domaine des licenciements de droit commun telles que des manquements répétés à des obligations professionnelles. La résiliation doit, d'autre part, comme toute décision individuelle défavorable, être motivée en application de loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs. Enfin, si la résiliation présente le caractère d'une sanction, l'administration doit respecter les droits de la défense en communiquant son dossier à l'agent et en lui permettant de formuler des observations. Les dispositions de l'article 122-9 du Code du travail étant rendues applicables aux agents non titulaires par le Conseil d'Etat57, une indemnité est, en principe, due lorsque la résiliation est opérée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. Il peut en être de même lorsque la décision de résiliation ou de non-renouvellement est jugée fautive ou abusive.

En ce qui concerne **les agents contractuels de droit privé**, l'article L200-1 du Code du travail dispose que "sont soumis aux dispositions du présent livre les établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés …". Les agents contractuels impliqués dans la gestion de services publics à caractère industriel et commercial sont, par conséquent, soumis au régime de droit commun du travail. D'un point de vue contentieux, l'article L511-1 du Code du travail précise, en outre, que "les personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes… " . Les agents contractuels de droit privé peuvent, toutefois, être tenus par certaines obligations spécifiquement liées à l'accomplissement d'une mission de service public telles que, par exemple, la neutralité et le devoir de réserve. Les articles 521-2 à 521-6 du Code du travail prévoient, par ailleurs, des modalités spécifiques d'exercice du droit de grève pour eux.

b) La situation des fonctionnaires détachés auprès des entreprises délégataires d'un service public

Le régime de détachement des fonctionnaires territoriaux est prévu par les articles 64 à 66 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, par l'article 13 de la loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 et par le décret n°86-68 du 13 janvier 1986. Ce décret prévoit, parmi les différents cas possibles, **" le détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un contrat de concession, d'affermage,**

de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable par la collectivité ou l'établissement public dont relève l'agent du projet de contrat et de ses avenants"

Le détachement doit être demandé par le fonctionnaire et il n'est accordé qu'à la condition que la rémunération du nouvel emploi n'excède pas celle de l'emploi d'origine, une marge de 15% en plus étant toutefois admise. Il se distingue de la mise en disponibilité où le fonctionnaire cesse de bénéficier de ces droits à l'avancement et à la retraite dans son corps d'origine mais reçoit, en revanche, une rémunération qui n'est soumise à aucun plafonnement.

Il existe des détachements de courte durée, n'excédant pas six mois et ne pouvant être renouvelés, et des détachements de longue durée de cinq ans en principe et pouvant faire l'objet de renouvellements. Le fonctionnaire détaché est rémunéré par l'entreprise qui l'accueille et demeure affilié à la caisse nationale des retraites des agents des collectivités publiques. Sa situation est soumise aux règles applicables à la fonction qu'il exerce dans le cadre de son détachement, à l'exception du régime de licenciement.

Le terme normal du détachement peut correspondre avec la fin du contrat de délégation de service public. L'agent est alors réintégré dans l'administration et réaffecté au premier emploi vacant correspondant à son grade58. Si le contrat de délégation de service public se termine avant le terme du détachement, la réintégration peut être demandée soit par l'entreprise délégataire d'accueil, soit par le fonctionnaire lui-même, soit encore par l'administration d'origine. Si aucun emploi correspondant au grade du fonctionnaire détaché n'est vacant, son salaire continue d'être versé par l'entreprise d'accueil jusqu'à la date à laquelle le détachement devait normalement prendre fin. Il est donc important pour celle-ci de prêter attention aux durées pour lesquelles des fonctionnaires sont détachés auprès d'elle, sous peine d'avoir ensuite à rémunérer des agents dont elle n'a plus l'utilité. En pratique, de nombreux fonctionnaires choisissent, au cours du contrat, de quitter leur position de détachement pour intégrer le personnel de l'entreprise. Cette décision est souvent motivée par de meilleures perspectives de carrières.

Il est ainsi nécessaire d'avoir bien identifié les différentes catégories de personnel susceptibles d'intervenir dans la gestion d'un service public local pour évoquer maintenant les incidences d'un changement de mode de gestion.

2. Le sort du personnel en cas de changement de mode de gestion :

La question du sort du personnel en cas de changement de mode de gestion est rendue complexe par la dualité des régimes juridiques applicables aux agents contractuels de droit public et de droit privé et par le passage éventuel du personnel de l'un à l'autre de ces régimes à l'occasion du changement. En particulier, l'application des dispositions relatives à la reprise du personnel en cas de transfert d'entreprise constitue un enjeu financier important. Elle détermine, en pratique, qui du nouvel employeur ou de l'ancien employeur paiera les indemnités de rupture. Les agents contractuels de droit privé peuvent se prévaloir des dispositions de l'article L122-12 du Code du travail qui constitue la mise en œuvre en droit français de la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L122-12, il est prévu que :

"S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fond, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise"

Depuis 1990[59], la Cour de cassation applique cette disposition "à tout transfert d'entité économique conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise". La chambre sociale de la Cour de cassation a, en outre, précisé, qu'on entendait par entité économique autonome "un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre" [60]. Cette jurisprudence converge, par ailleurs, avec les critères retenus par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans le cadre de l'application de la directive 77/187. Comme on l'a vu précédemment, les agents contractuels de droit public ne

Tableau récapitulatif des différentes catégories de personnels

	COLLECTIVITES PUBLIQUES GESTIONNAIRES DU SERVICE		ENTREPRISES DELEGATAIRES GESTIONNAIRES DU SERVICE	
	Personnel sous contrat	**Personnel fonctionnaire**	**Personnel sous contrat**	**Personnel fonctionnaire**
Service public administratif	Agents publics sauf exceptions	Agents en situation statutaire et réglementaire	Agents privés	Agents en situation de détachement
Service public industriel et commercial	Agents privés sauf exception	Agents en situation de détachement		

peuvent, au contraire, prétendre au maintien de leur contrat en application du Code du travail, en cas de changement de mode de gestion.

Le personnel contractuel impliqué dans la gestion des services publics locaux peut être confronté à trois situations principales en cas de changement de mode de gestion : la reprise en régie directe par la collectivité publique d'un service qu'elle avait préalablement délégué. la délégation d'un service que la collectivité gérait auparavant en régie directe, la reprise du service par un nouveau délégataire.

a) La reprise en régie directe par la collectivité publique d'un service qu'elle avait préalablement déléguée

Cette reprise en main du service par la collectivité est toujours possible en vertu du principe de réversibilité des modes de gestion. Pour le personnel, elle pose néanmoins la question du sort des agents contractuels de droit privé en cas de reprise par une personne publique d'une activité qui était précédemment exercée par une personne privée. Dans la plupart des cas, la collectivité publique reprend la gestion du service sous forme de SPIC (service public à caractère industriel et commercial). Le régime juridique applicable au personnel reste alors gouverné par le droit commun du travail[61] et l'article L122-12 alinéa 2 peut, par conséquent, s'appliquer. Ainsi une collectivité publique qui reprend en régie la gestion d'un SPIC, avec les mêmes moyens et dans les mêmes conditions d'exploitation que l'ancien employeur, est engagée à l'égard des contrats de travail en vigueur au moment de l'opération[62]. Dans d'autres cas, il peut arriver que la collectivité publique reprenne la gestion du service sous la forme d'un SPA (service public administratif). En raison de la modification juridique ainsi intervenue, la Cour de cassation a longtemps estimé que l'entreprise disparaissait et que l'entité transférée ne conservait pas son identité. L'article L122-12 n'avait, dès lors, plus vocation à s'appliquer[63]. Cette solution est aujourd'hui abandonnée après un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation qui s'inscrit dans le prolongement du droit communautaire.

Correspondance entre les notions de SPIC et de SPA et le critère de l'activité économique ou non économique retenu en droit communautaire

	Service public à caractère industriel et commercial	Service public Administratif
Activités économiques	Oui	Possible
Activités non économiques	Non	Possible

Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes, les mécanismes de transfert d'entreprise et de reprise du personnel s'appliquent aux seules entités exerçant une activité économique[64] et non à celles "relevant de l'exercice de la puissance publique" [65]. La nature de l'entité d'arrivée (SPIC ou SPA) n'emporte, en revanche, aucune conséquence juridique spécifique au plan communautaire [66].

La Cour a ainsi jugé que la directive 77/187 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise est applicable :

" en cas de reprise par une commune, personne morale de droit public agissant dans le cadre de règles spécifiques du droit administratif, des activités [économiques] de publicité et d'information "" exercées jusqu'alors, dans l'intérêt de cette commune, par une association sans but lucratif, personne morale de droit privé, pour autant que l'entité cédée conserve son identité" [67].

Alignée désormais sur la position des juges communautaires, la chambre sociale de la Cour de cassation, applique l'article L122-12 du Code du travail dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise d'un SPIC à un SPA. Elle considère[68] notamment :

"qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail interprété au regard de la directive n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que les circonstances que le cessionnaire soit une personne morale de droit public liée à son personnel par des rapports de droit public et que l'entité économique transférée soit un établissement public administratif ou un établissement public industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de cette entité"

S'il apparaît cohérent au regard du droit communautaire, le revirement opéré par la Cour de cassation suscite certaines interrogations. Le maintien des contrats de travail de droit privé apparaît incompatible avec le régime applicable aux agents publics (durée des contrats, conditions de travail, etc.). En pratique, cette situation devrait conduire la collectivité publique à négocier des avenants aux contrats de travail des personnels transférés pour les rendre compatibles avec un régime de droit public ou à assumer, le cas échéant, la charge financière liée au licenciement de ce personnel[69].

b) La délégation d'un service que la collectivité gérait auparavant en régie directe

Cette situation se rencontre lorsqu'une collectivité publique choisit de recourir à un opérateur privé pour assurer la gestion d'un service public dont elle a la charge. Sur le plan du personnel, il convient alors de distinguer deux hypothèses[70]. Dans le premier cas, la collectivité publique gérait

auparavant le service sous la forme d'un SPIC et employait, par conséquent, des agents contractuels de droit privé. L'opération est dans le champ du droit commun du travail et les contrats de travail peuvent être maintenus si l'activité est transférée à l'identique, conformément aux critères posés par la jurisprudence dans le cadre de l'application de l'article L122-12 alinéa 2.

Dans la seconde hypothèse, la collectivité publique gérait le service sous la forme d'un SPA et employait, par conséquent, des agents contractuels de droit public. Comme nous l'avons déjà rappelé, ces derniers ne peuvent se prévaloir de l'application du Code du travail et les dispositions de l'article L122-12 alinéa ne pourront, dès lors, pas être mises en œuvre[71]. Si cette situation est préjudiciable pour le personnel qui perd les avantages liés au contrat et à l'ancienneté, il est vrai, qu'en pratique, le souci de reclassement conduit souvent la collectivité publique à conserver ces agents dans le cadre d'autres activités ou à négocier leur embauche par le nouvel opérateur en charge du service. Si l'agent refuse, une indemnité peut, par ailleurs, lui être versée au titre de la résiliation du contrat.

Dans une hypothèse analogue concernant la situation d'un directeur de port qui avait été "licencié" à la suite de la reprise, par une commune, des installations portuaires, antérieurement concédées à une Chambre de commerce et d'industrie, le Conseil d'Etat a ainsi estimé[72] que la CCI délégataire ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L122-12 du Code du travail pour cesser de verser son traitement à cette personne dès lors qu'elle avait la qualité d'agent public. Cette solution semble, par ailleurs, conforme à la directive 77/187 dont le bénéfice ne peut être invoqué que pour des personnels "protégés en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail", ce qui exclut normalement les agents de droit public[73], y compris si ces derniers exercent leur mission régalienne au sein d'une entité à caractère économique[74].

c) La reprise du service par un nouveau délégataire

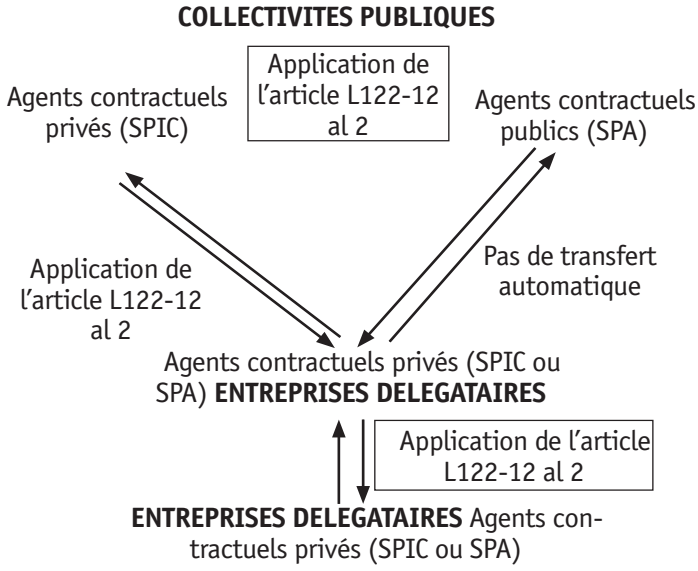
Cette situation se rencontre lorsqu'une collectivité publique au terme, par exemple, d'une procédure de mise en concurrence, de type loi Sapin, choisit de confier la gestion du service à un nouvel opérateur. Les personnels du "délégataire entrant" et "du délégataire sortant" sont des agents contractuels de droit privé et l'article L122-12 alinéa 2 a, par conséquent, vocation à s'appliquer. Les contrats de travail des agents impliqués dans la gestion du service seront donc maintenus si les deux conditions posées par la jurisprudence sont réunies, à savoir, le transfert d'une entité économique conservant son identité et la poursuite ou la reprise de l'activité[75]. Par ailleurs, l'application de l'article L122-12 alinéa 2 du Code du travail, dans le cadre de la reprise d'un service par un nouveau délégataire, a fait l'objet d'un avis du Conseil de la concurrence[76]. Rendu à propos de l'article 2.5.2 de la "convention collective des services d'eau et d'assainissement" qui étend le champ d'application de l'article L122-12 alinéa 2 à toutes les hypothèses de reprise de contrats d'exploitation, l'avis estime :

"qu'en obligeant dans tous les cas le nouveau délégataire à reprendre le personnel en place, ou tout du moins le personnel auquel le délégataire sortant ne proposera pas une autre affectation plus attrayante, [l'extension de cette convention] peut dissuader les concurrents de présenter leur offre ; en tout état de cause cette obligation est de nature à empêcher ou limiter le recours à des techniques de gestion plus efficientes comportant un réaménagement des facteurs de production et à restreindre la possibilité d'une réduction des coûts"

Tirant les conséquences de cet avis, le Conseil d'Etat[77] a récemment annulé un arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité qui portait extension de cet article 2.5.2 à l'ensemble des salariés et employeurs compris dans le champ d'application de la convention collective.

La mise en œuvre du régime de l'article L122-12 alinéa 2 se trouve ainsi contestée au regard des distorsions concurrentielles qu'elle peut engendrer (ou aggraver) entre le "délégataire sortant" et les autres soumissionnaires dans le cadre d'un processus de mise en concurrence. Pour limiter ces distorsions, le Conseil de la concurrence préconise ainsi que "l'avis d'appel d'offre soit accompagné d'un descriptif des emplois et des postes de travail ainsi que du montant des salaires et des charges salariales qui devront faire l'objet du transfert".

Récapitulatif des différentes situations de transfert de personnel possible



C. Les formalités préalables

Un rapport de présentation contenant les principales caractéristiques des prestations assurées par le délégataire doit être présenté à l'assemblée délibérante de la collectivité. Depuis la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la dé-

mocratie de proximité, l'autorité concédante doit également recueillir l'avis de la commission consultative des services publics locaux.

1. Le rapport de présentation

Ce rapport prévu à l'article L1411-4 du Code général des collectivités territoriales et adressé à l'assemblée délibérante, précède toute décision d'une collectivité de déléguer la gestion d'un service public. Il constitue, à cet égard, une formalité substantielle qui doit être renouvelée à chaque nouvelle consultation, peu importe que le service ait été géré antérieurement en régie ou en gestion déléguée.

Peu de précisions sont données sur le contenu de ce rapport. L'article L1411-4 précité précise simplement qu'il présente le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire. Selon toute vraisemblance, ce rapport devrait comporter tous les éléments nécessaires à l'assemblée délibérante pour prendre une décision suffisamment éclairée :

- présentation du service
- rappel, le cas échéant, des modalités actuelles de gestion
- description des prestations et des investissements à réaliser
- présentation des différentes solutions possibles
- proposition de recourir à un type précis de convention de délégation de service public (concession, affermage, régie intéressée)
- présentation des principaux éléments du contrat envisagé

2. L'avis de la commission consultative des services publics locaux

Cet avis a été rendu obligatoire pour tout projet de délégation de service public[78] par l'article 5 de la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité qui introduit un nouvel article L 1413-1 au Code général des collectivités territoriales.

La commission doit être consultée avant le lancement de la procédure de passation du contrat. Son avis est, selon toute vraisemblance, une formalité substantielle de cette procédure. Pour rendre cet avis, les membres de la commission doivent disposer des informations suffisantes pour apprécier l'opportunité du recours à une gestion déléguée, et notamment des mêmes éléments que ceux portés à la connaissance des destinataires du rapport de présentation. Quoi qu'il en soit, la commission prononce un simple avis que la collectivité n'est pas tenue de suivre.

La création de ces commissions consultatives des services publiques locaux est désormais obligatoire pour les régions, les départements ainsi que pour les établissements publics de coopération intercommunale, les syndicats mixtes et les communes lorsqu'ils dépassent un certain seuil d'habitants. Ces commissions sont présidées par le président de l'exécutif local ou son représentant et comprennent, en outre, des membres de l'assemblée délibérante ainsi que des représentants d'associations locales. La désignation des élus membres s'opère "dans le respect du principe de la représentation proportionnelle". Il est donc essentiel que la composition du corps des élus membres soit représentative des équilibres exprimés au sein de l'assemblée délibérante.

L'article L1413-1 ne précise pas la nature des associations locales dont les représentants sont appelés à siéger au sein de la commission consultative. Le législateur a abandonné, à cet égard, la définition "d'associations d'usagers du ou des services concernés", qu'il avait retenue avant la réforme opérée par la loi du 27 février 2002. Cette nouvelle définition, plus large, permettra à de nouveaux représentants d'associations d'accéder aux commissions, en plus des représentants traditionnels d'associations d'usagers ou de consommateurs : on pense notamment ici aux représentants d'associations de contribuables, etc. Toutefois, la collectivité devra vérifier la réalité de l'activité et la représentativité des associations membres et elle peut, pour ce faire, s'adresser à la préfecture pour obtenir la liste des associations agréées ou affiliées à des associations nationales agréées.

III. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LIBRE CHOIX

Les textes et la doctrine administrative peuvent tout d'abord écarter le recours à la délégation de service public dans certains domaines. Ils peuvent aussi imposer le choix du délégataire dans d'autres domaines :

A. Les domaines où le recours à la délégation de service public est impossible

Les collectivités ne peuvent, tout d'abord, en vertu de la doctrine et de la jurisprudence administrative, déléguer les "fonctions régaliennes" qu'elles exercent. Ces fonctions recouvrent les compétences dévolues à l'Etat par la Constitution : il s'agit des "services publics constitutionnels" comme la diplomatie, la défense, la justice ou encore la police. Certes ces domaines ne relèvent pas de la compétence principale des collectivités territoriales mais elles contribuent à leur exercice.

Il existe ainsi un principe général d'interdiction de délégation du pouvoir de police posé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary. Cette interdiction porte à la fois sur les pouvoirs de police du maire et sur les activités des services de police. Il a ainsi été jugé qu'une délégation de service public mettant à la disposition d'une entreprise privée des agents municipaux en vue de la détermination des emplacements payants sur la voirie communale était illégale[79] (délégation du pouvoir de police de stationnement).

D'autres secteurs liés aux prestations sociales, à la santé ou à l'éducation ne peuvent faire l'objet de délégation. Il en est ainsi de l'activité strictement éducative du service

d'éducation (la surveillance des élèves), des activités de soin en matière hospitalière ou encore des activités de gestion des chambres mortuaires.

On relèvera enfin que des textes particuliers peuvent interdire le recours à la délégation en imposant une gestion directe ou par un établissement public. La loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs confie ainsi à la SNCF "la construction et l'exploitation des nouvelles lignes de TGV". La loi du 21 mars 1948 charge la seule RATP de l'exploitation des transports en commun de voyageurs en Île de France.

B. Les domaines où la qualité de délégataire est réservée à certaines catégories de personnes morales

C'est notamment le cas en matière sociale où la gestion de certaines prestations d'aide sociale ne peut être déléguée qu'au centre communal d'action sociale. L'article 36 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz impose aux collectivités de conclure leur contrat de distribution de gaz et d'électricité avec les établissements publics EDF et GDF. Une exception subsiste toutefois à ce régime de monopole légal au profit des régies communales d'électricité et de gaz qui préexistaient à la loi de 1946 à condition qu'elles "conservent le caractère particulier qui leur a donné naissance".

SECTION II : LA MISE EN ŒUVRE ÉCLAIRÉE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX

La mise en œuvre du libre choix des élus relève de l'application de plusieurs paramètres, qui peuvent eux-mêmes être éclairés et complétés par des principes de bonne gestion.

I. LES PARAMETRES INTERVENANTS DANS LE CHOIX DU MODE DE GESTION

Les paramètres qui interviennent dans le choix, par la collectivité, du mode d'organisation de ses services sont de deux ordres : il existe, en premier lieu, des paramètres techniques, financiers et économiques et, en second lieu, des paramètres politiques.

A. Les paramètres financiers, économiques et techniques

1. Les paramètres financiers

La croissance des dépenses d'investissement, qui est liée, en particulier, à la mise en œuvre du principe de libre administration des collectivités territoriales après les lois de décentralisation, a généré des besoins forts de financement auxquels certaines communes déjà endettées ou ne disposant pas de budgets suffisants ne peuvent répondre.

Dans cette condition, le recours à la gestion déléguée permet le transfert des charges d'investissement à l'entreprise délégataire pour la construction d'ouvrage dont la propriété reviendra, le plus souvent, à la collectivité au terme du contrat (bien de retour). L'enrichissement du patrimoine s'opère ainsi sans augmentation de la pression fiscale mais il est supporté par l'usager au travers des redevances qu'il paie au délégataire.

2. Les paramètres économiques

Il est également permis de penser que l'exploitation d'un service public par une entreprise privée respecte, avec plus de rigueur, les principes de base d'une bonne gestion qui sont, par ailleurs, communs à toutes les entités économiques qu'elles soient publiques ou privées. La bonne gestion du service sanctionne, en effet, la pérennité économique de l'entreprise privée qui gère, rappelons-le, "à ses risques et périls". Il en résulte que le délégataire cherchera toujours à accroître sa rentabilité économique, ce qui se traduira dans sa volonté constante de satisfaire l'usager, mais aussi dans la recherche de gains de productivité, ce qui peut avoir des effets pervers pour le service en matière de sécurité, par exemple.

L'efficacité économique du service peut aussi résulter des économies d'échelle réalisées par les grandes entreprises délégataires de multiples services publics auxquels elles affectent des moyens communs (personnel, fourniture, etc.).

3. Les paramètres techniques

Les collectivités sont souvent confrontées à la gestion de services dont l'exécution requiert des compétences très diverses. Elles ne disposent pas toujours des moyens humains et matériels nécessaires pour répondre aux multiples besoins suscités par l'exploitation de ces services.

Les entreprises délégataires se sont, au contraire, souvent spécialisées dans la gestion de services particuliers pour lesquels elles disposent souvent de compétences et d'un savoir-faire éprouvés notamment par leur retour d'expérience.

La taille importante des entreprises délégataires leur permet, en outre, d'investir en matière d'innovation et de recherche pour la mise au point de nouveaux procédés et le lancement d'activités expérimentales. Cette compétence technique se révèle aujourd'hui un atout essentiel dans la gestion des services publics locaux où les contraintes techniques et normatives sont en constante augmentation.

B. Les paramètres politiques

Comme on l'a vu précédemment, il appartient au pouvoir politique élu à la tête de la collectivité de fixer les règles générales d'organisation du service. Les différents modes de gestion lui offrent des solutions pour moduler l'intensité du contrôle qu'il compte exercer mais dont il garde, en toute hypothèse, la maîtrise. Il peut ainsi choisir la gestion directe pour conserver une maîtrise maximale ou préférer un

contrôle de résultat dans le cadre d'une gestion déléguée.

Cependant, cette présentation de principe est parfois démentie par les pratiques locales. L'image de la gestion déléguée est en premier lieu "parasitée" par les "a priori" idéologiques de certains élus qui redoutent la logique de profit du gestionnaire, étrangère, selon eux, à la culture de service public. Le malaise s'est accru avec les différentes affaires de corruption et d'opacité qui ont éclaté au début des années 1990 et qui ont constitué l'une des raisons de l'adoption de la loi Sapin en 1993.

À l'inverse, il est clair que le choix de déléguer un service peut être motivé par le souci des élus de se déresponsabiliser à l'égard des usagers qui auront tendance à reporter leur insatisfaction sur le délégataire, à tort de toute évidence, puisque la collectivité reste, en toutes circonstances, responsable du service. Le choix peut aussi résulter de la volonté d'échapper aux contraintes de l'administration et notamment de la comptabilité publique (séparation de l'ordonnateur et du comptable, dépôt des fonds libres au Trésor Public, annualité budgétaire)

L'élu prudent se contente parfois du "statu quo" lorsque la question du choix du mode de gestion est évoquée. Cette position s'explique aussi par les coûts (transfert de personnel, recrutement, démarches administratives, etc.) et les risques politiques qui sont autant d'éléments dissuasifs au passage d'un mode de gestion à un autre.

De ceci il ressort que le clientélisme, les a priori idéologiques et la difficile réversibilité des modes de gestion constituent autant d'obstacles au libre choix de la collectivité. Il apparaît donc fondamental d'éclairer les paramètres conduisant à ce choix.

II. ECLAIRER LES PARAMETRES QUI CONDUISENT À RECOURIR A UN MODE DE GESTION

À l'heure ou les attentes des Français sont croissantes dans le domaine des services publics locaux[80] (sécurité de l'usage, des biens, des personnes, protection de la santé et qualité biologique des produits livrés), il apparaît aujourd'hui avec de plus en plus d'évidence, que le choix du mode de gestion d'un service public local ne peut plus relever exclusivement d'une vision politique (vision d'une seule personne ou expression d'une idéologie telle qu'elle soit) et doit faire, au contraire, l'objet de décisions concertées entre l'ensemble des acteurs des services - usagers-consommateurs, opérateurs, autorité organisatrice, etc.- pour aboutir à des solutions consensuelles, durables, reconnues et partagées par tous.

C'est dans cet esprit qu'a été adoptée la Charte des Services Publics Locaux signée en janvier 2002 par l'actuel Premier Ministre Jean Pierre Raffarin, Président de l'Association des Régions de France[81], Jean-Paul Delevoye[82], Président de l'Association des Maires de France, Jean Puech, Président de l'Association des Départements de France et Claude Martinand, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée, avec le parrainage du Sénat représenté par Christian Poncelet et en présence du représentant du Ministre de l'Intérieur.

La Charte repose ainsi sur l'action convergente des différents acteurs de ces services après confrontation de leurs points de vue. Sa démarche consiste à poser les conditions du progrès sur un plan non seulement juridique mais aussi qualitatif et économique. Elle s'inscrit, dès lors, dans le prolongement des différentes dispositions législatives et réglementaires relatives à la gestion des services publics locaux qui constituent un cadre pour sa mise en œuvre.

Elle promeut les principes et les règles élémentaires d'une bonne gestion des services publics et ce, quel que soit le mode de gestion choisit par la collectivité organisatrice. On rappellera ici quelques-uns de ces principes et règles:

- **La réversibilité du choix:** l'autorité organisatrice doit pouvoir faire évoluer son mode de gestion. Il faut, néanmoins, trouver un équilibre entre cet impératif de réversibilité, qui se traduira notamment au moment du processus de mise en concurrence, et le développement durable et équilibré du service, nécessaire aux gains de performance de l'opérateur (public ou privé) et profitable à tous.
- **La matérialisation de la relation entre l'autorité organisatrice et l'opérateur par un contrat** (c'est déjà le cas en matière de gestion déléguée et cela devrait aussi l'être lorsqu'on choisit un mode en régie). Ce contrat doit reprendre dans une logique de transparence et de confiance légitime, les principaux objectifs assignés aux services.
- La mise en œuvre libre et éclairée du choix par une **comparaison objective de la performance des modes de gestion**. Cela implique une harmonisation préalable des modes de formation des coûts (redevances d'occupation domaniale, provisions, etc.)
- **L'évaluation objective de la performance économique par la mise en place d'indicateurs de performance** ne se fondant pas exclusivement sur le prix du service (critère économique nécessaire mais pas suffisant), mais mettant précisément ce prix en tension avec la qualité de ce service. Cette évaluation doit conduire l'autorité organisatrice à mieux contrôler son service tout en permettant aux consommateurs-contribuables d'être mieux informés sur sa gestion et ses performances par la mise en place d'un processus de "benchmarking" (ou parangonnage) notamment.

Il y a lieu de prêter une attention toute particulière à la mise en place d'indicateurs de performance et à la question de l'harmonisation des conditions concurrentielles.

A. La mise en place d'indicateurs de performance pour les services publics locaux

Partant du constat que, d'une part, les collectivités territoriales ne sont pas soumises aux mêmes contraintes que les opérateurs privés dans leur gestion (la mauvaise gestion de leur service ne sanctionne pas, en effet, leur pérennité

économique) ainsi que dans l'affichage des résultats de cette gestion et que, d'autre part, les enquêtes actuelles (sur le prix de l'eau, par exemple) ne répondent que très imparfaitement aux besoins d'information des acteurs concernés par la gestion locale, la mise en place d'indicateurs de performance doit contribuer à faire progresser le management au sein de ces collectivités en permettant de faire rentrer les services qu'elles organisent dans une culture d'évaluation[83].

La création de tels indicateurs a d'ailleurs été recommandée par un avis du Conseil Economique et Social, en date du 24 avril 2001, sur la "maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux" et s'inscrit dans le prolongement de nombreuses dispositions adoptées tant au plan national (circulaire Voynet sur le développement durable, contrats de plan Etat/Région pour la période 2000-2006) qu'international (indicateurs de performance proposés par l'Association Internationale de l'Eau (International Water Association-IWA) par exemple).

Plusieurs expériences et travaux divers ont déjà été menés sur le sujet des indicateurs de performance. Ils ne couvrent pas l'ensemble des secteurs des services publics locaux. Objet de plusieurs études, le domaine de l'eau apparaît en bonne position sur cette question.

L'analyse de ces contributions révèle que, s'il est possible d'obtenir une information fiable sur l'organisation et la gestion technique du service, il est plus difficile, en revanche, d'accéder aux variables financières (la rentabilité économique du service, par exemple). Par ailleurs, la multiplication des enquêtes publiées sur le prix de l'eau illustre l'importance du choix et de la permanence des méthodes dans le traitement de cette information.

Dans les autres domaines, les travaux ont souvent pris une tournure spécifique liée aux caractéristiques d'organisation des services. Pour les déchets, la distribution d'électricité ou les transports, il existe des études et suivis statistiques développés à des fins techniques, fiscales, de péréquation tarifaire ou d'aides financières.

Plusieurs recommandations peuvent être aujourd'hui formulées en ce qui concerne la finalité, la nature et le suivi d'indicateurs de performance :

1. Les finalités des indicateurs

Une première analyse devrait conduire aux questions suivantes : à qui s'adressent en priorité les indicateurs ? Aux usagers, aux collectivités concédantes ou aux entreprises ? Il s'agirait ici de constituer un panel d'indicateurs suffisamment large pour que chacun puisse "piocher" les informations qui semblent pertinentes. On peut ainsi imaginer l'existence de plusieurs batteries d'indicateurs. Certains pourraient avoir pour vocation prioritaire de renseigner la collectivité sur la performance du service au regard des contraintes spécifiques auquel ce dernier est soumis. D'autres indicateurs plus simples et reproductibles d'un service à l'autre pourraient être identifiés dans une perspective de parangonnage. Il semble aussi utile de s'interroger sur les manières de mettre en relation ces indicateurs avec le prix du service : les résultats fournis peuvent-ils, à cet égard, contribuer à apprécier le niveau de prix pratiqué ?

Il faudrait, enfin, déterminer à quelle analyse économique contribuent ces indicateurs. La gestion des services publics locaux est une activité économique qui permet, à partir d'un patrimoine généralement de forte valeur capitalistique, de produire un service continu selon un standard de qualité préalablement fixé. L'impératif d'une production dans la durée oblige à un arbitrage permanent de l'affectation des produits d'exploitation entre les charges courantes de fonctionnement et la valorisation du patrimoine (commercial, immobilier, humain, moyen, organisationnel). Ainsi, en face du prix perçu sur les usagers ou sur l'administration, il convient en permanence de s'assurer que l'obtention de la qualité requise ne se fait pas au détriment de la valorisation patrimoniale. Il apparaît donc souhaitable que les indicateurs permettent de vérifier la bonne gestion de cet équilibre entre les objectifs de court terme et ceux de long terme.

Par ailleurs, les indicateurs doivent être l'outil principal du "benchmarking" appliqué à des "actes de gestion" comparables d'un service à l'autre. Il s'agira donc d'identifier et de définir les valeurs caractéristiques à suivre, nécessaires à l'établissement des indicateurs. Pour que chaque autorité organisatrice puisse situer son action, il convient qu'elle puisse accéder à des indicateurs décrivant des situations comparables et à des consolidations nationales ou régionales. La comparaison entre services est, en effet, un moyen particulièrement efficace pour permettre aux collectivités de se situer les unes par rapport aux autres et pour les inciter à progresser dans leur gestion.

Si l'objectif de décrire des flux est déjà très ambitieux, celui de qualifier des stocks et leurs évolutions l'est encore plus. À tout moment, la batterie des premiers indicateurs proposés aujourd'hui doit être clairement située dans sa capacité à contribuer à l'analyse de l'efficacité économique dans la gestion des services publics locaux par ses différents auteurs.

2. Nature des indicateurs possibles

Il est possible d'établir une liste des indicateurs liés aux principaux objectifs de gestion :

Les indicateurs liés à l'activité :

- Indicateurs concernant la ressource (fonction notamment de la nature et de l'accessibilité de la ressource)
- Indicateurs concernant la qualité de la prestation rendue (continuité, qualité du produit, qualité des services liés)

Les indicateurs liés aux fonctions communes de gestion :

- Indicateurs concernant le personnel
- Indicateurs concernant les installations (fonction de l'état du réseau, de son renouvellement, etc.)
- Indicateurs concernant le fonctionnement (organisation et méthodes)

- Indicateurs financiers (soldes intermédiaires de gestion, coût de la dette, ratio besoin en fond de roulement sur la somme des emplois, ratio actif net sur actif brut)

Les indicateurs financiers semblent être difficiles à mettre en place dans un premier temps en raison des difficultés évoquées précédemment.

3. Le suivi des indicateurs

Pour chacun des secteurs concernés par la gestion des services publics locaux, des indicateurs fiables, en nombre limité, compréhensibles et gérables par tous devraient être identifiés et sélectionnés. Il faudrait aussi isoler les données statistiques permettant leur établissement et identifier les modes de validation de ces données.

La répartition des activités de collecte de données et les activités de calcul des indicateurs doivent ensuite être organisées. Une réflexion devrait, à cet égard, être lancée sur la mobilisation d'organismes existants ou sur la création d'entités ad hoc capables d'assurer dans la transparence, la coordination de la collecte et le traitement de l'information pour chaque secteur. La mise en place d'un observatoire des services publics locaux serait à cet égard un outil déterminant pour nourrir les comparaisons fondées sur les indicateurs.

Une réflexion devrait enfin être menée sur les moyens de diffusion les plus efficaces pour permettre une information optimale de l'ensemble des acteurs de la gestion déléguée sur les résultats de l'enquête. L'objectif serait ici de créer les conditions d'une comparaison objective entre les différents services.

B. L'harmonisation des conditions de compétition entre modes de gestion

Dans le cadre de la gestion d'un service public, la séparation des comptes et la prise en charge par une unité économique de l'ensemble des dépenses afférentes au service qu'elle rend, sont des principes comptables qui tendent aujourd'hui à s'imposer partout en Europe avec une certaine évidence. Leur mise en œuvre dans le cadre de la gestion des services publics locaux est un enjeu important. Elle est rendue complexe par la multitude des paramètres à prendre en considération.

1. Les enjeux liés à l'harmonisation des conditions de compétition entre modes de gestion

La mise en œuvre de ces principes par les collectivités en charge de services publics, constitue un enjeu important à plusieurs titres. Elle a trait, tout d'abord, à la qualité de la prestation rendue aux usagers : en permettant une comparaison objective des performances entre les différents modes de gestion et une meilleure connaissance des conditions d'exploitation des "régies directes", elle est un élément de transparence, de progrès et de performance. Elle contribue notamment à l'éclairage du choix des élus en développant une culture d'évaluation et, de façon plus générale, à une meilleure information de l'ensemble des acteurs des services publics locaux.

La mise en œuvre de ces principes est, ensuite, à mettre en relation avec la question de l'harmonisation des conditions de concurrence entre opérateurs publics et privés. Il est vrai que les collectivités publiques françaises n'ont pas, à ce jour, l'obligation de mettre en concurrence les services qu'elles gèrent en régie avec le secteur privé[84]. Toutefois, une réflexion sur cette question n'est pas inutile notamment au regard de l'exemple du PFI en Grande-Bretagne, où la comparaison entre les prestations du secteur public et du secteur privé s'opère depuis une dizaine d'années (compulsory competitive tendering).

2. L'exemple de l'ingénierie publique

Cette réflexion peut notamment se nourrir des réflexions menées à l'occasion de la réforme récente du cadre d'intervention des prestations d'ingénierie publique réalisées par l'Etat pour le compte des collectivités territoriales. Le régime de ces prestations économiques, à caractère essentiellement intellectuel (conception et maîtrise d'œuvre d'ouvrage), réalisées par les services déconcentrés de l'Etat et dénoncées depuis longtemps par les architectes et les bureaux d'étude privés, a été précisé par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant Mesures Urgentes à Caractère Economique et Financier, dite loi Murcef. Tout en reconnaissant la légitimité des concours de l'Etat au profit des collectivités territoriales, cette loi soumet désormais l'ingénierie publique au Code des marchés publics et aux règles générales de concurrence. Des adaptations ont, en conséquence, été rendues nécessaires.

Les nouvelles exigences imposées par le plan de réforme aux prestataires d'ingénierie publique pour respecter le droit de la concurrence s'inspirent des dispositions contenues dans l'avis du Conseil d'Etat, Société Jean Louis Bernard Consultant[85]. Elles portent sur la détermination de prix fondés sur une base économique réelle ainsi que sur la mise en place d'une comptabilité analytique pour garantir plus de transparence.

a) Des prix fondés sur une base économique réelle

Une base économique réelle prend en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix. À titre d'exemple, au Ministère de l'Equipement, il a été tenté d'identifier les principes de détermination des coûts des prestations d'ingénierie de la manière suivante :

- les coûts directs de personnels.
- les charges de structure (frais de fonctionnement, de gestion, de formation) au niveau local et au niveau national.
- les charges fiscales (taxe professionnelle et taxe sur le foncier bâti).
- les frais spécifiques à l'ingénierie publique (plan de modernisation, contentieux).
- les surcoûts déductibles liés à l'exercice de la mission de service public et au paiement de la TVA sur la fourniture (puisque les services n'ont pas de compte d'affectation).
- des charges supplétives représentatives des charges

auxquelles le secteur public n'est pas soumis.

L'ingénierie publique donnant lieu à des prestations à caractère essentiellement intellectuel, les coûts directs sont constitués à hauteur de 85 % par des coûts de personnel, les 15 % restant représentant les charges de fonctionnement. Les premières analyses du Ministère de l'Equipement révèlent que si ces frais de fonctionnement sont plus élevés que ceux du secteur privé, les frais de personnels sont, en revanche, moindres. Globalement, les coûts directs supportés par les services de l'Etat et les opérateurs privés seraient donc sensiblement les mêmes.

En matière de coûts indirects, le calcul des prestations intégrera désormais les charges qui découlent des impôts locaux (taxe professionnelle et taxe sur le foncier bâti) et nationaux (TVA[86]). Le coût des règlements contentieux (personnel chargé du traitement des dossiers) ainsi que celui du plan de modernisation de l'ingénierie publique sont également comptabilisés.

Le nouveau système prend également en compte l'éclatement territorial des services déconcentrés du Ministère de l'Equipement, lié aux missions régaliennes de service public. Cet éclatement entraînerait une dispersion de moyens qui générerait des surcoûts de 10 % sur les missions d'ingénierie publique, surcoûts qui seront soustraits.

Enfin, un coefficient majorateur serait appliqué sur le total des coûts pour intégrer les charges auxquelles l'Etat n'est pas soumis, principalement la rémunération du capital et l'impôt sur les sociétés.

Sur la base de l'évaluation[87] de ces coûts, il est établi un prix national de journée par qualification (ingénieurs ou techniciens). Pour obtenir le prix de la prestation, ce prix est multiplié par une estimation du temps nécessaire à la réalisation du concours pour chaque catégorie de fonctionnaires.

b) La mise en place d'une comptabilité analytique

La mise en place d'une comptabilité analytique permet de garantir la transparence de ce nouveau mode d'établissement des prix. Elle permet aussi de vérifier que l'Etat ne bénéficie pas d'avantages découlant de ressources ou de moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public administratif.

3. La mise en œuvre de l'harmonisation des conditions de compétition entre modes de gestion

Aujourd'hui, il ressort des premiers travaux effectués sur le sujet que les règles applicables aux différents modes de gestion ne sont pas harmonisées, loin s'en faut. Un rapport du MEDEF, intitulé "Concurrence : Marché unique, Acteurs pluriels Pour de nouvelles règles du jeu" a récemment tenté de mettre en évidence les distorsions de concurrence liées à certaines interventions des entités publiques dans le secteur marchand. Au sujet de la gestion des services publics locaux, ce rapport souligne notamment la lourdeur qui préside au choix du délégataire (en raison notamment de la procédure de mise en concurrence) en comparaison de la procédure rapide et peu formalisée de mise en place d'une régie.

Ces premiers travaux appellent une démarche plus approfondie qui consisterait à faire l'inventaire des disparités constatées avant de rechercher des solutions correctives. La question est complexe en raison du très large éventail de domaines de la gestion des services publics concerné par l'harmonisation des conditions de compétition (règles fiscales, règles de financement, coûts salariaux, neutralité des procédures etc.). À titre d'illustration, il est, par exemple, révélateur de constater que les régies des services publics locaux créées par les collectivités territoriales en vue d'assurer l'exploitation d'un service public indispensable à la satisfaction des besoins collectifs sont exonérées d'impôt sur les sociétés ainsi que de l'ensemble des contributions assises sur cet impôt, tout comme d'autres taxes comme la taxe professionnelle, les taxes assises sur les salaires ou encore les taxes foncières sur les propriétés. À l'inverse, le recours à la gestion en régie directe peut aussi avoir des coûts implicites, tel est notamment le cas des redevances d'occupations domaniales qui sont prélevées sur les entreprises délégataires installées sur le domaine public.

Néanmoins, plusieurs dispositions simples pourraient dès aujourd'hui être adoptées en vue de responsabiliser les collectivités territoriales sur ces questions. Ainsi, dans l'esprit de la Charte des Services Publics Locaux, la relation entre la collectivité et sa régie pourrait, tout d'abord, être formalisée par un contrat d'objectif établi au début de l'exploitation du service. Ce dernier impliquerait une évaluation régulière, par l'assemblée délibérante, des conditions d'exploitation et de la performance économique de la régie au regard de prévisions chiffrées, notamment en termes tarifaires. Il est également permis de penser que cette démarche contribuerait à identifier l'ensemble des coûts concourant à la formation du prix du service.

À l'image du rapport du délégataire de service public, un rapport annuel du régisseur pourrait ensuite être rendu obligatoire. La création d'un tel document, au-delà du gage de transparence qu'elle constitue, s'inscrirait dans le prolongement de l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit que la commission consultative des services publics locaux se prononce annuellement sur le "bilan d'activité des services exploités en régie dotés de l'autonomie financière".

Chapitre III : Elargir le champ de la délégation de service public

La convention de délégation de service public participe aujourd'hui du mouvement plus général des partenariats public privé dont elle constitue le modèle par excellence. Si elle reste, à l'image de la pratique française du PPP, une référence conceptuelle internationale portée par les grands opérateurs français, elle est toutefois concurrencée par de nouvelles formules contractuelles issues du droit anglo-saxon (Section I). La réforme britannique des PFI (Private Finance Initiative) constitue une illustration particulièrement innovante et pragmatique de ces nouvelles approches (Section II).

SECTION I : LES PARTENARIATS PUBLIC PRIVE : UNE ORIGINE FRANÇAISE, UN AVENIR ANGLO-SAXON ?

Si l'expression "partenariat public privé" est aujourd'hui couramment employée dans le langage juridique et économique, il faut bien reconnaître qu'il n'existe pas encore à ce jour de nomenclature standardisée pour décrire ce type de partenariat. Les montages en "PPP" sont, en effet, fondés sur des approches diversifiées et des processus dynamiques qui conduisent le plus souvent à la mise en place de projets sur mesure.

Qu'est-ce qu'un partenariat public privé ?

Un PPP est un partenariat conclu entre l'administration et le secteur privé en vue de la réalisation d'un bien et/ou d'un service incombant par nature à la collectivité publique. Le PPP repose sur l'idée que les deux parties trouveront des avantages réciproques à la mise en commun d'un savoir faire propre à chacun. Permettre à chaque sphère d'exercer dans son domaine d'excellence contribue ainsi à développer des projets économiques performants. Dans cette perspective, l'objet du partenariat est d'organiser la relation entre les parties de façon à ce que le risque soit toujours supporté par celui qui en a la meilleure maîtrise et de manière à fournir un équipement ou un service avec un rapport qualité/prix optimum dans la durée.

Si l'Union Européenne manifeste une approche généralement favorable aux PPP qui contribuent notamment à soumettre les activités de services publics à des règles de gestion conforme à l'économie de marché et à la libre concurrence, le droit communautaire n'offre pas aujourd'hui un cadre juridique totalement cohérent pour ce type d'opérations. À la différence des marchés publics, les concessions n'ont pas fait l'objet de dispositions spécifiques puisque, à ce jour, seule la directive 93/37/CEE coordonnant les procédures de passation des marchés publics de travaux, définit ce type de contrats par référence aux marchés. Parmi les nombreux documents consacrés au PPP et émanant des institutions européennes, il est à noter qu'un guide "Guidelines for Successful Public Private Partnerships [88]", préparé par la direction de la politique régionale et de la réforme des institutions de la Commission européenne, a récemment été publié en vue de faciliter l'analyse des risques inhérents au financement de ce type d'opérations ainsi que les négociations entre les autorités publiques et le secteur privé.

En France la notion de partenariat public privé, telle que définie plus haut, recouvre plusieurs types de contrats comme les marchés publics, les conventions d'occupation domaniale dès lors que l'activité qui s'exécute sur le domaine public relève d'une mission d'intérêt général (baux emphytéotiques administratifs de la loi du 5 janvier 1988, autorisation d'occupation temporaire (AOT) de la loi du 25 juillet 1994), et, bien sûr, les conventions de délégation de service public qui constituent la forme de PPP la plus aboutie.

Dans un contexte de concurrence internationale entre opérateurs de diverses nationalités, il est surtout permis de voir dans l'utilisation de la traduction du terme "public-private partnerships", la revendication d'un leadership conceptuel anglo-saxon sur la réalisation de ces d'opérations. Il est vrai que depuis une vingtaine d'années, de nouvelles formules de financement, à l'image des montages de type BOT (Build Operate Transfer), tendent à s'imposer dans les esprits, au détriment parfois de la pratique concessive française dont ces formules sont pourtant largement inspirées (même si des différences existent). Cette situation est d'autant plus regrettable que, si les grands groupes français impliqués dans la réalisation de PPP connaissent un grand succès à l'étranger, leur position est néanmoins fragilisée aujourd'hui par les difficultés rencontrées par le partenariat public privé en France.

I. LE PARADOXE FRANÇAIS

S'appuyant sur une pratique ancienne, les entreprises françaises ont acquis une grande maîtrise des métiers liés aux partenariats public privé. Dès lors, il est peu étonnant qu'elles se soient constituées en grands groupes internationaux devenus souvent leaders mondiaux dans leur secteur d'activité. Dans le domaine de l'eau, les exemples de VEOLIA et SUEZ, deux opérateurs dont la création remonte au XIXe siècle, sont particulièrement emblématiques du dynamisme entrepreneurial français à l'étranger. La diffusion internationale

de l'expérience française est néanmoins freinée par plusieurs difficultés rencontrées par le partenariat public privé au plan interne, au premier rang desquelles se trouve notamment son image dégradée auprès de l'opinion publique et des médias. En l'inscrivant parmi les chantiers prioritaires de la réforme de l'Etat, le gouvernement s'est toutefois récemment engagé à promouvoir un renouveau du PPP par la mise en œuvre de plusieurs réformes.

A. Le succès des entreprises françaises impliquées dans des activités de partenariat public privé à l'étranger

Exportatrices du "french model", salué par la Banque Mondiale dans un rapport de 1994[89], les montages PPP proposés par les entreprises françaises sont devenus des références internationales. Un document récent intitulé "Partenariat Public Privé; Gestion déléguée: le savoir-faire français" [90], publié notamment à l'initiative du Ministère de l'Equipement, du Transport et du Logement et du Ministère de l'Economie recense ainsi des illustrations concrètes de réalisations emblématiques montrant la réussite des entreprises françaises à l'étranger.

Tirées d'opérations du monde entier et de domaines très différents, on peut mentionner ici quelques-unes de ces illustrations: le contrat de gestion déléguée portant sur la distribution d'eau potable, le service d'assainissement et la distribution d'énergie électrique de Casablanca au Maroc (consortium composé de Lyonnaise des eaux, Elyo, Agbar, EDF, Endesa), les contrats de restauration collective de 55 garnisons de l'armée américaine aux Etats-Unis, les contrats de conception-exploitation de plusieurs prisons dont celle de Manchester en Grande-Bretagne (Sodexho Alliance), les contrats de gestion des déchets à Hong Kong (groupe SITA), les contrats de concession autoroutière au Portugal (Eiffage) ou à Los Angeles en Californie (Cofiroute), etc.

Pour expliquer ce succès, plusieurs raisons peuvent être avancées: les entreprises françaises ont, en premier lieu, pu se prévaloir de retours d'expérience et d'une expertise significatifs acquis sur le marché interne, et, partant, "d'une faculté d'analyse qui leur permet, dans un contexte de compétition internationale, de mieux apprécier les spécificités ou différences locales et donc de mieux cerner les solutions optimales, au travers de réponses "sur mesure", en évitant des modes d'intervention préfabriqués ou uniformes" [91]. Cette capacité d'analyse et d'adaptation est d'autant plus grande qu'elle repose sur l'approche simple, équilibrée et pragmatique des contrats français de délégation de service public. Compte tenu de leur taille et de leur éventail de compétences, les entreprises françaises sont, ensuite, en mesure de proposer des offres très complètes (conception, financement, construction, exploitation) dans une gamme très large de services (eau, assainissement, transports, restauration collective, etc.).

L'expérience française repose, enfin, sur une approche centrée sur le droit des usagers et la qualité du service rendu aux populations, ce qui peut constituer un avantage significatif au regard des formules anglo-saxonnes généralement plus orientées vers les problématiques financières. Cette approche permet notamment d'envisager de recourir au partenariat public-privé pour financer la réalisation de services ou de biens essentiels aux populations des pays en voie de développement dans des conditions environnementales et sociales acceptables.

B. La situation du partenariat public privé en France

Comme il l'a été précédemment rappelé, la pratique française de la gestion déléguée est très ancienne. Dans son essai sur les contrats de travaux et de services publics[92], Xavier Besançon fait remonter les origines du contrat de concession au XIVe siècle, avec l'assèchement et l'exploitation des premières mines. Ce type de contrat s'est depuis lors perpétué en dépit de mutations conceptuelles liées à l'évolution sociale et politique de chaque époque alors qu'à titre de comparaison, les premières réalisations de montages de type B.O.T ne datent au plus que de quelques dizaines d'années.

Aujourd'hui, la pratique du PPP en France rencontre néanmoins certaines difficultés, difficultés qui rejaillissent nécessairement sur le rayonnement international des solutions françaises. Plusieurs lois visant à faciliter ce type de partenariat en France ont néanmoins été récemment votées.

1. Les difficultés rencontrées par le PPP en France

Ces difficultés ont trait notamment au foisonnement des catégories de contrats constitutifs de PPP, à la raideur de leur encadrement juridique et à une image parfois dégradée dans l'opinion publique et les média.

Tout d'abord, la multiplicité des catégories de contrats (délégations de service public, marchés publics, conventions d'occupation domaniale) et l'existence de plus en plus fréquente de formules contractuelles ne relevant pas clairement de ces catégories contribuent au développement d'un climat d'insécurité juridique néfaste à l'investissement des entreprises dans ce domaine.

Ensuite, l'encadrement juridique des contrats français freine la mise en œuvre de certains mécanismes de financement pourtant très répandus à l'étranger. Ainsi le Code des marchés publics, en vertu du principe d'interdiction du paiement différé et de l'obligation de distinguer les prestations de construction et celles de maintenance ou d'exploitation, prohibe la passation des marchés d'entreprise de travaux publics (METP) portant sur la conception, la construction et l'entretien à long terme de propriétés publiques par un opérateur privé. De façon plus générale, la raideur du droit administratif français, à l'image du principe d'inaliénabilité du domaine public, s'avère souvent inadaptée à la valorisation économique de leurs biens par les collectivités publiques.

Enfin, l'image du partenariat public privé demeure dégra-

dée en France. L'opinion publique et les médias, sensibilisés il est vrai par des affaires retentissantes révélées au cours de la dernière décennie, associent encore parfois les opérations de partenariat public privé à des activités opaques et propices à la corruption des élus. Cette image est également à mettre en relation avec la conception particulière de l'intérêt général dans notre pays où l'exploitation d'un service public dans une logique économique apparaît souvent suspecte et étrangère à la culture nationale.

2. Les nouvelles dispositions votées en faveur du recours au PPP

Conscient de ces difficultés et de l'intérêt de recourir, malgré tout, aux formules de partenariat public privé, le gouvernement français est à l'origine de plusieurs lois visant à promouvoir la réalisation de ce type d'opérations. Il s'agit des lois n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ainsi que de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

a) Les dispositions contenues dans les lois n°2002-1094 du 29 août 2002 et n°2002-1138 du 9 septembre 2002

Ces deux lois visent à donner à l'Etat les moyens juridiques nécessaires au financement des opérations immobilières de modernisation des commissariats, gendarmeries et prisons notamment.

Elles instituent[93], tout d'abord, la possibilité de recourir à des marchés globaux de conception-réalisation-maintenance par dérogation au Code des marchés publics et à la loi n°85-704 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre Si ces dispositions ne sont pas sans rappeler les METP, il est à noter, néanmoins, que ces contrats ne prévoient pas expressément le recours au paiement différé comme l'a rappelé le gouvernement dans ses observations formulées à l'occasion de la soumission de ces lois au Conseil constitutionnel[94].

La loi n°2002-1094 du 29 août 2002 multiplie ensuite les mécanismes permettant de financer les bâtiments à construire dans les domaines concernés. Pour ce faire, elle autorise le recours à des contrats de location avec option d'achat et le financement par crédit-bail y compris pour des ouvrages affectés au service public[95], sous certaines conditions. Elle prévoit également l'intervention des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale en vue de réaliser des bâtiments destinés aux services de l'Etat[96].

Dans le prolongement de ces dispositions réservées spécifiquement aux domaines de la police de la gendarmerie et des prisons, le législateur vient, par une loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, d'autoriser la création d'un nouveau type de contrat inspiré notamment des politiques de partenariat public privé menées en Grande Bretagne.

b) La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

Constituant l'un des chantiers prioritaires de la réforme de l'Etat, les dispositions de la loi du 2 juillet 2003 comportent un volet de modernisation de la commande publique par le renouveau du partenariat public privé. L'article 6 de la loi autorise ainsi le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires :

"pour modifier la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement des services, ou une combinaison de ces différentes missions... ".

Ces nouveaux contrats de partenariats globaux et de longue durée, dont les modalités concrètes de mise en œuvre seront précisées par ordonnance, constitueront une catégorie distincte à la fois des marchés publics et des délégations de service public. Ils seront soumis à des règles spécifiques en matière de publicité et de mise en concurrence, de transparence et de contrôle relatifs au mode de rémunération du ou des cocontractants ainsi qu'en matière de qualité des prestations rendues et de respect des exigences du service public.

En raison notamment de l'opposition suscitée par le projet auprès des professionnels de la maîtrise d'œuvre (architectes, ingénieurs, etc.) qui craignent que ces nouvelles formules contractuelles favorisent les grands groupes capables de proposer des offres globales au détriment des entreprises de tailles plus modestes, la loi a été déférée au Conseil constitutionnel. Par une décision n°2003-473 DC, ce dernier a formulé plusieurs réserves d'interprétation à propos de telles formules contractuelles dérogeant au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique et dont la généralisation serait, selon lui, susceptible de priver de garanties légales, les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics. Le Conseil constitutionnel préconise, en conséquence, que :

"les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé "... " enfin l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté... "

II.L'EMERGENCE D'UNE APPROCHE ANGLO-SAXONNE DES PARTENARIATS PUBLIC PRIVE

Depuis vingt ans, de nouveaux modèles de partenariats public privé, issus du droit anglo-saxon se sont développés. S'il existe une grande variété de modèles et si chaque opération conclue présente, en toute hypothèse, sa part de singularité, on peut tenter toutefois d'identifier des caractéristiques communes à ces contrats qui expliquent l'intérêt qu'ils suscitent au plan international et qui permettent de les distinguer des conventions de délégation de service public pratiquées en France.

A. Caractéristiques des modèles anglo-saxons

Le terme générique de montage BOT (Build, Operate, Transfer) est souvent utilisé pour qualifier les modèles anglo-saxons. Cette appellation recouvre, en réalité, de nombreuses formules contractuelles classées en fonction du degré d'implication du secteur privé dans l'opération de partenariat public privé :

- le BOOT (build, own, operate, transfert ou construire, être propriétaire, exploiter, transférer)
- le BOOST (build, own, operate, subsidize, transfert ou construire, être propriétaire, exploiter, subventionner, transférer)
- le DBFO (design, build, finance and operate ou concevoir, construire, financer et exploiter)
- le BOO (build, own, operate ou construire, être propriétaire, exploiter)
- le BT (build and transfert ou construire et transférer)
- le "lease contract" ou BRT (build, rent, transfert ou construire, louer, transférer)

Il s'agit de contrats par lesquels "plusieurs promoteurs privés vont s'associer dans une société de projet, qui sera autorisée par l'Etat d'accueil (ou toute autre entité compétente, telle une municipalité ou une province), conformément au contrat passé entre cette société et ledit Etat, pour financer, construire et exploiter des ouvrages et équipements pendant une durée suffisante pour rembourser les prêteurs, couvrir les coûts d'exploitations, et pour permettre aux investisseurs en fonds propres d'avoir un retour sur investissement convenable" [97]. Utilisés lors de la mise en place d'infrastructure d'envergure, les montages BOT ont trait au financement, à la construction et à l'exploitation d'ouvrages et d'équipements aussi divers que des réseaux autoroutiers, des installations de distribution d'électricité ou encore des usines de production d'eau potable. L'originalité de ce montage contractuel réside dans la création d'une société de projet qui aura pour fonction de centraliser les différents financements puis de développer et d'exploiter le projet avant de transférer la propriété des ouvrages et des équipements à la collectivité publique au terme du contrat. Le montage utilise des procédés de financement qui font à la fois appel aux fonds propres des promoteurs (ils sont actionnaires de la société de projet et sont donc, à ce titre, en relation directe avec la collectivité publique) et à des prêts qui constituent souvent l'essentiel du financement de l'opération.

Le recours aux contrats de type BOT procède avant tout de la volonté des pouvoirs publics de confier au secteur privé la réalisation d'infrastructures qu'ils ne parviendraient pas à financer seuls. Aussi les contrats BOT doivent-ils leur essor en premier lieu aux capacités de financement qu'ils sont à même de rassembler. Le recours à ces contrats est ainsi très fréquent sur le plan international.

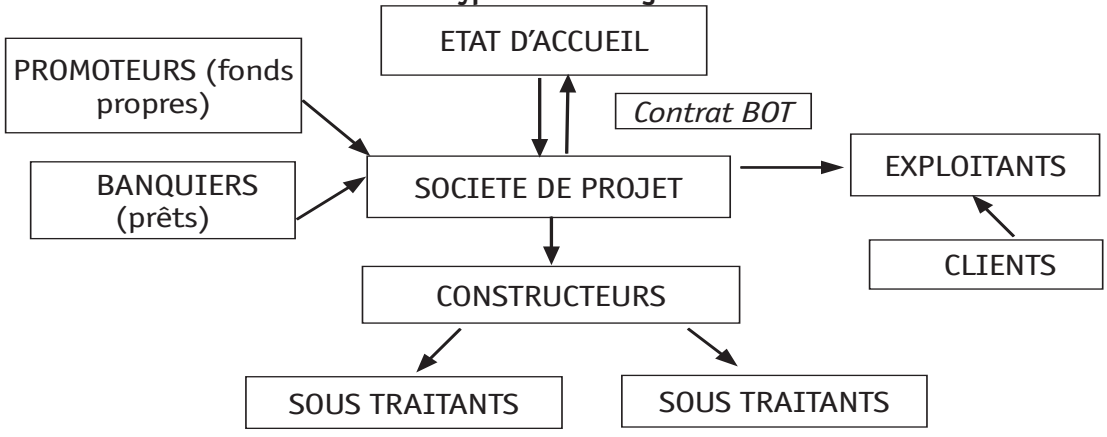
Il est toutefois utile de s'interroger sur les éléments qui permettent de distinguer les caractéristiques du modèle anglo-saxon de ceux des conventions de délégation de service public.

B. Les éléments de différenciation au regard des conventions de délégation de service public

Il serait vain de chercher à identifier des critères permettant de distinguer de façon absolue les "contrats BOT" et les conventions de délégation de service public à la française. Ces deux modèles constituent simplement deux approches différentes du concept commun de partenariat public privé.

Tout au plus on peut constater que les concepts anglo-

Schéma type d'un montage BOT



saxons sont plus orientés sur des problématiques de financement que sur la mise en œuvre du service public. Le potentiel de financement qu'un contrat de type BOT, peut générer est ainsi étroitement lié à la viabilité du projet dans la mesure où les investisseurs, mais surtout les prêteurs, subordonneront leur participation à une prise de risque limitée et maîtrisée. C'est pourquoi tout projet BOT nécessite, à la fois, une identification précise et une répartition optimale, entre les différents intervenants, des risques encourus. Ceci explique aussi l'importance revêtue, en pratique, par les clauses relatives au risque dans ce type de contrat.

La pratique française semble, quant à elle, davantage orientée "service". Les principes du service public axés sur la satisfaction des besoins de la population et sur les droits des usagers sont, en effet, au cœur du régime juridique des conventions de délégation de service public qui semblent ainsi moins marquées par les contraintes liées aux mécanismes d'optimisation financière. Le délégataire du service peut ainsi voir son contrat modifié ou résilié de façon unilatérale au seul motif de la bonne exécution du service public et de l'intérêt général sans qu'aucune clause en ce sens n'ait été prévue au contrat.

Mais dans cette situation, la jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaît un droit à l'équilibre économique du contrat pour le délégataire. Elle utilise ce faisant la "théorie du fait du prince" pour octroyer une indemnité à ce dernier lorsque la collectivité édicte des prescriptions nouvelles qui, sans rapport avec l'objet du contrat, sont toutefois de nature à alourdir ses conditions d'exécutions financières ou la "théorie de l'imprévision", dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties et imprévisible, vient bouleverser l'économie générale de la convention. Le délégataire est ainsi protégé en raison des missions particulières qu'il assure.

Si les projets BOT ne sont pas soumis à un régime organisant de façon impérative de telles dispositions protectrices, il est toutefois intéressant de constater que les clauses du contrat tentent souvent d'y suppléer.

À l'instar de la théorie du fait du prince, les clauses de stabilisation du droit existant ont pour objet de prévenir toute modification des dispositions à caractère réglementaire ou législatif susceptibles d'affecter l'exécution du contrat. Il ne s'agit néanmoins aucunement, ici, pour l'Etat d'accueil de s'engager à bloquer tout processus normatif à compter de la date de signature du contrat. Ces clauses ne font que figer le droit applicable au cours de l'exécution du contrat dans l'état qu'il revêt au moment où ce dernier est conclu.

Les clauses d'assurance qui visent à prévenir la réalisation de certains risques liés aux événements de force majeure permettent la mise en place de systèmes de couvertures notamment par des contrats conclus entre la société de projet et des organismes d'origine publique ou privée comme la Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE). La mise en jeu des systèmes d'indemnisation, reconnue au cas par cas avec des conditions d'éligibilité très strictes, correspond aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision en droit français.

À travers ces deux exemples, s'expriment, par ailleurs, deux conceptions du droit. Alors que l'interprétation des conventions de délégation de service public françaises s'opère au regard d'un régime jurisprudentiel impératif dégagé avec un certain pragmatisme par le Conseil d'Etat, les contrats BOT respectent, pour leur part, la règle "tout dans le contrat, rien que le contrat". Dans ces derniers, la négociation porte notamment sur la question de la répartition des risques inhérents au projet lui-même (risque de construction, risque d'exploitation) ou des risques extérieurs à ce projet (parmi ces derniers, on dénombre notamment les risques juridiques, les risques économiques et les risques liés à la survenance d'événements de force majeure).

Il existe, d'ailleurs, une manifestation tangible de ces deux approches. La concision des contrats de délégation de service public (quelques dizaines de pages) contraste avec le caractère extrêmement volumineux des documents contractuels relatifs aux BOT (un mètre cube) dont la négociation peut durer plusieurs années.

SECTION II : L'EXEMPLE ANGLAIS DU PROJECT FINANCE INITIATIVE (PFI)

Lancé au début des années 1990 par le gouvernement anglais, le programme "PFI" (Projet Finance Initiative) constitue une illustration récente et innovante de partenariat public privé d'origine anglo-saxonne. Il permet actuellement la réalisation de nombreuses infrastructures publiques (écoles, prisons, routes, etc.). Après avoir présenté ce programme, il conviendra de s'attarder sur sa mise en œuvre, avant d'évoquer son avenir.

I. QU'EST-CE QUE LE PFI ?

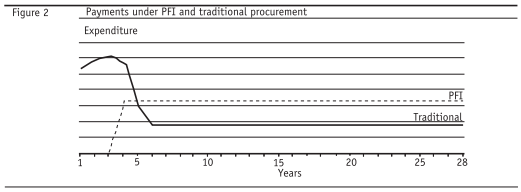
Lancé en 1992 par le gouvernement conservateur de l'époque, le programme PFI a été mis en œuvre pour répondre à un double enjeu : la nécessaire réduction des dépenses de l'Etat et des collectivités territoriales pour contenir les déficits publics, et la modernisation impérative de certaines infrastructures publiques vieillissantes et mal gérées.

Le PFI repose sur le même principe que la gestion déléguée : une collectivité publique confie contractuellement au secteur privé, la réalisation d'ouvrages et la gestion des services dont ils sont le support. L'entreprise (une société de projet créée spécialement pour l'opération) est rémunérée par un prix versé par l'administration ou par les usagers sur la base du service rendu. Ce prix est souvent calculé en

prenant en compte des indicateurs de performance et de disponibilité des ouvrages.

Le financement privé du service n'est que temporaire : les paiements de l'administration ou des usagers commencent à s'effectuer au terme de la construction de l'infrastructure lorsque le service reçoit un début d'exécution et la collectivité publique supporte donc, au final, le coût financier de l'opération. À un instant donné, le recours au PFI permet, néanmoins, d'augmenter les capacités de financement du secteur public en lissant les paiements liés à la durée de l'investissement sur la durée du contrat. Enfin, il permet de transférer à l'entreprise les risques liés à la construction des infrastructures.

Comparaison de l'évolution des dépenses entre un mode de réalisation PFI et un mode de réalisation en régie.[98]



Si la philosophie du PFI est proche de celle de la gestion déléguée, la plupart des contrats conclus sous l'égide de ce programme, ne constituent pas des conventions de délégation de service public en droit français. De nombreux cocontractants de l'administration anglaise ne font, en premier lieu, que collaborer à l'exécution d'un service public, sans "exploiter" véritablement ce service au sens des juges français[99]. Tel est notamment le cas des opérateurs en charge des prisons, des écoles, etc. La forme du paiement de ce type d'opération pose aussi problème au regard du critère de la rémunération. Rien ne se semble s'opposer à ce que les mécanismes de "shadow toll" (péage virtuel) ; où le cocontractant est payé par l'administration en fonction du niveau d'usage de l'ouvrage, constitue une "rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation" et ce, même si elle n'est pas directement perçue sur l'usager. Une réponse différente doit, sans doute, être apportée en ce qui concerne les "PFI à risque qualité" où la rémunération du cocontractant dépend du niveau de performance atteint, sans considération du nombre d'usagers. En définitive, il semble que ce soient les contrats de METP qui aient le plus de points communs avec les contrats de PFI. Il est à noter qu'il ne peut être recouru à cette forme de contrat en France, en vertu du principe de prohibition des paiements différés, inscrits dans le Code des marchés publics.

Cette question de la qualification dont la pertinence économique est d'ailleurs discutable, n'a pas cours en Grande-Bretagne où le programme PFI apparaît, avant tout, comme un programme de partenariats public privé mené par le gouvernement et inspiré des procédés de financement classique des montages BOT.

A. Un programme activement soutenu par les gouvernements britanniques successifs

Le gouvernement a mis en place une politique volontariste pour soutenir le PFI. Cette politique ne s'est pas traduite, comme en France, par des textes mais par des mécanismes de promotion et d'incitation. Il est, en outre, intéressant de souligner que, transcendant les clivages idéologiques, le programme PFI a été activement soutenu par les gouvernements conservateurs et travaillistes anglais, ce qui lui donne aujourd'hui un caractère "politiquement neutre[100]" et contribue indéniablement à son succès.

Au niveau gouvernemental, la gestion du programme PFI est principalement assurée par le département ministériel du trésor et l'un de ses organismes, l'OGC (Office of Government Commerce). Il existe également, dans chaque département ministériel, un service chargé d'assurer une expertise sur les réalisations PFI relevant de son domaine de compétence. De façon plus originale, une structure privée regroupant des experts du secteur public et du secteur privé (Partnerships UK) conseille et accompagne le gouvernement dans la réalisation de ses principales opérations PFI. Une autre structure assiste, au niveau local, les pouvoirs publics dans la négociation et le développement de leurs projets de partenariat public privé (Public Private Partnerships Programme :"4Ps"). Les autorités locales sont, par ailleurs, incitées à recourir à ce type d'opérations par un système de subventions de l'Etat permettant de couvrir une part des dépenses en capital d'un contrat PFI. L'octroi de cette subvention n'est toutefois possible que pour les "transactions de financement privé" remplissant le "test de la structure du contrat" qui repose sur la marge de variation du prix versé par l'administration. Le gouvernement considère que ce prix doit varier en fonction du niveau de performance de l'entreprise pour l'exécution du contrat dans une proportion d'au moins 20 % au regard des prévisions initiales. La performance de l'opérateur est évaluée à l'aide d'indicateurs de performance (qualité du service fourni, disponibilités des infrastructures, etc.). La mise en œuvre de ce "test de structure" n'est plus requise, tout du moins officiellement, depuis 2000[101].

Au-delà de la création de ces différents organismes, les pouvoirs publics n'ont pas, comme en France, eu recours à la loi pour encadrer les modalités de mise en œuvre des PFI. Les contrats n'obéissent ainsi à aucun régime juridique impératif. En vertu de la "common law", ils sont simplement des contrats de droit commun, régis par les principes de liberté contractuelle et d'immutabilité du contrat. Ceci explique, en pratique, la place fondamentale accordée à la négociation et l'intérêt que revêt une approche partenariale pour la réalisation d'opérations où le secteur public et le secteur privé sont amenés à travailler ensemble pendant plusieurs dizaines d'années. En définitive, il n'existe aujourd'hui que des guides de bonne pratique et de standardisation des opérations, publiés notamment par l'OGC. Ces guides ont été élaborés, à partir de 1997, sur la base

des premiers retours d'expérience liés à ce type de contrat. Aucune règle nationale de mise en concurrence n'est venue, en outre, encadrer la passation du contrat entre l'opérateur et l'administration. En droit communautaire, ces contrats sont néanmoins soumis aux directives sur les marchés publics, ce qui n'empêche pas une passation sous forme négociée dans la majorité des cas[102]. Cette absence de formalisme se justifie notamment par le caractère complexe des opérations en PFI, qui s'apparentent à des montages de type BOT.

B. Un montage contractuel de type BOT

Une opération PFI repose sur une structure contractuelle triangulaire impliquant l'administration, des banques en charge du financement et l'opérateur. Le contrat principal est conclu entre l'administration et une "société de projet" créée spécialement pour l'opération et associant souvent dans son capital plusieurs entreprises, qui forment ainsi un consortium. Ce contrat (souvent appelé "contrat PFI" par abus de langage) contient les principales prescriptions de l'opération (définition du service à fournir, rémunération, etc.) et constitue le socle du projet. Un contrat de financement est parallèlement conclu entre la société de projet et ses banques. Les termes de ce contrat sont négociés en fonction de la viabilité économique du projet et des risques encourus. Il prévoit souvent la faculté, pour les banques, de se substituer au cocontractant, en cas de défaillance de ce dernier (clause de "step in"). Un dernier contrat est conclu entre les banques et l'autorité publique. Appelé "direct agreement", il permet à l'administration de se porter garante de la "société de projet" pour toute ou partie du financement qu'elle a obtenu et de mieux maîtriser, par conséquent, la continuité du service si l'opération rencontre des difficultés.

II. LA MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME PFI

La mise en œuvre du programme PFI s'articule autour de deux idées motrices : la recherche constante de la "value for money" et la gestion contractualisée des risques.

A. La "value for money"

Le programme PFI s'inscrit dans le cadre d'un mouvement de modernisation de l'administration britannique. Soucieux de la préservation des "deniers de la couronne", ce mouvement est fondé sur la recherche, pour chaque opération, d'une "value for money", c'est-à-dire de la fourniture d'un service avec un rapport qualité/prix optimum dans la durée. Cette démarche implique, comme nous allons le voir, de comparer gestions publiques et privée.

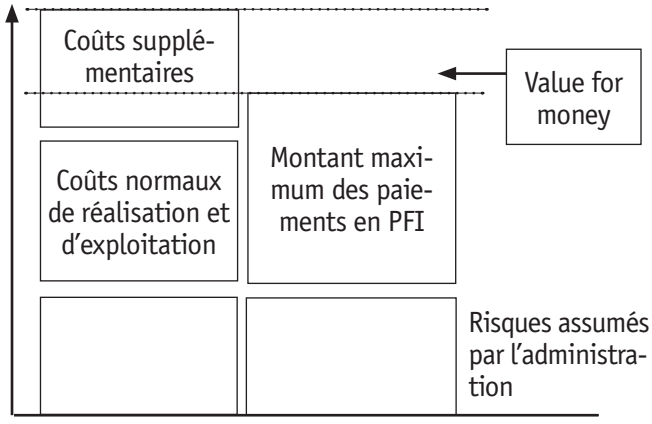
Confrontée à un investissement, l'administration est invitée à suivre un cheminement précis. Elle doit, en premier lieu, réfléchir à ses besoins, puis définir le service qui permettra d'y répondre de façon optimale. Cette réflexion est menée de façon autonome au regard des différents moyens de financement et de réalisation possibles. Afin d'obtenir la meilleure "value for money" pour son projet, elle est invitée, ensuite, à engager une démarche de parangonnage, visant à comparer le coût de la réalisation en régie à celui de la réalisation par un montage PFI. Elle dispose, pour cela, d'un outil économique appelé "Public Sector Comparator" (littéralement comparateur du secteur public) qui peut se définir comme le calcul financier du coût de la fourniture du service par le secteur public lui-même (éventuellement selon une certaine dose du secteur privé) [103].

Libérée des a priori politiques et procédant d'une véritable analyse économique, la "value for money" traduit la recherche d'un niveau de performance élevé du service public et de la meilleure utilisation possible des fonds publics. Elle reflète, par ailleurs, une conception très moderne des modes de management public. Son utilisation, par le gouvernement anglais, comme un outil de promotion systématique du PFI est néanmoins discutable dans la mesure où la démarche de comparaison s'avère, en pratique, délicate et complexe.

1. La "value for money", outil de promotion du PFI

La recherche de la meilleure "value for money", pleinement objective dans son principe, a été accompagnée d'un discours gouvernemental teinté d'idéologie. Il est fondé sur le postulat que le parangonnage donnera, à terme, l'avantage au secteur privé : l'administration peut disposer de meilleures conditions de financement du fait notamment de taux d'emprunts plus faibles, mais sa gestion génère des surcoûts (retards d'exécution, mode de financement de type "cost plus"). En s'engageant sur une rémunération basée sur un prix maximum (principe tempéré toutefois par diverses formules d'incitations), l'opérateur privé assume la majeure partie des risques liés au service qu'il va fournir : il est donc incité à gérer de façon optimale la construction des infrastructures, puis l'exploitation du service. Cela se traduit par une plus grande capacité à innover, à tenir les délais, à tirer profit des opportunités commerciales, à opérer un management efficace, etc. Ce discours est résumé par le schéma suivant :

Le Public Sector Comparator[104]



Cette présentation illustre la confiance que les pouvoirs publics anglais placent dans le recours à l'initiative privée. Le contraste avec la France, où la gestion déléguée est encore parfois considérée avec suspicion, est, à cet égard, saisissant. Elle n'en demeure pas moins discutable et une véritable réflexion sur la comparaison entre modes de gestion publique et privée reste encore aujourd'hui à mener au Royaume-Uni comme ailleurs.

En pratique, la mise en œuvre du "PSC" (comparateur de prix du secteur public) s'avère délicate et complexe, ce qui rend la démarche de parangonnage largement artificielle dans de nombreux cas.

2. L'utilisation délicate du PSC

Dans le cadre de la négociation d'un projet de financement, l'utilisation du "PSC" a pour but de comparer l'offre faite par le secteur privé à ce que coûterait le projet s'il était financé selon un mode de réalisation publique traditionnelle (régie directe). La pertinence économique de cet outil de comparaison est mise en cause de façon régulière, comme en témoigne un récent rapport de la commission parlementaire de la santé[105], à la Chambre des Communes britannique.

Rendu à propos des opérations menées par le National Health Service (service de l'administration en charge de la santé au Royaume-Uni), ce rapport met en cause l'utilisation du PSC dans de nombreuses opérations de financements d'hôpitaux. Les critiques rapportées émanent de l'ensemble des acteurs impliqués dans ce type d'opérations. Elles portent sur le caractère souvent artificiel de la comparaison et sur les manipulations auxquelles cette dernière peut, en conséquence, donner lieu. Les représentants du secteur privé estiment que le "PSC" est fondé sur des coûts historiques trop bas, non représentatifs d'une bonne qualité de service, comme le rappelle un représentant de la "Business Service Association" [106] :

" s'il y a bien une chose que l'on pourrait faire, et je crois que tout le monde sera d'accord sur ce point, c'est de faire des PSC, de vrais comparateurs. Il n'y en a aucun à ma connaissance qui, jusqu'à aujourd'hui, ait intégré ce que coûteront les prestations opérées par un hôpital dans le futur… Les chiffres du "PSC" sont, en effet, fondés sur les coûts historiques pour illustrer la manière dont l'hôpital a été géré jusqu'à présent. Et comme nous le savons, l'entretien des infrastructures publiques a fait l'objet de regrettables défaillances depuis vingt à trente ans, il est donc difficile de se fonder sur un coût d'entretien véritable (dans le cadre du "PSC"), sauf à faire reconnaître publiquement aux personnes en charge de cet entretien qu'elles ont été de mauvais gestionnaires"

Il existe également de nombreux exemples où la mise en œuvre du "PSC" s'est opérée au détriment du secteur public. Un rapport de la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes britannique[107], consacré au financement du nouvel hôpital de "Gravesham et Dartford" illustre ainsi le caractère délicat de la démarche de comparaison. Alors que, lors de la signature du contrat portant sur la rénovation de cet hôpital en 1997, l'économie escomptée était évaluée à 17 millions de livres par rapport à un mode de financement en régie (soit 17 % du coût total), une nouvelle analyse plus poussée a révélé en 2000 qu'elle n'était, en réalité, que de 5 millions de livres (soit 3 % du coût total). Pour expliquer cette mauvaise évaluation, le rapport mentionne notamment la sous-évaluation des performances de la gestion publique (fondée sur les résultats faibles du passé, elle n'intégrait pas les réajustements tirés de ces premières expériences) et des erreurs lors du calcul du "PSC" (ce dernier avait été établi au début de la négociation et n'avait pas pris en compte les changements dans les termes du contrat apparus en cours de négociation).

Même si les pratiques peuvent diverger d'un secteur à un autre, ces exemples ne peuvent qu'interpeller les pouvoirs publics sur la pertinence économique du "PSC". Le secrétaire d'Etat en charge du secteur de la santé a lui-même reconnu que, dans une certaine mesure, cette comparaison était un exercice artificiel. En matière hospitalière, le recours au PFI a permis, néanmoins, de rénover de nombreux hôpitaux au même moment, en mobilisant un niveau de financement sans précédent, que l'administration n'aurait pu, de toute façon, obtenir par l'utilisation des modes traditionnels de réalisation d'infrastructures publiques. Le secrétaire d'Etat rappelle ainsi que[108] :

"Bien que nous supposons le capital public disponible lorsqu'on recourt au PSC, nous savons tous que nous n'en avons pas, en réalité, suffisamment pour satisfaire nos ambitions et ce, en dépit du fait que les investissements en capitaux publics du NHS, à travers le Trésor, n'ont jamais été aussi importants"

B. La gestion contractualisée des risques et l'enjeu du refinancement

Alors que, pour les conventions de délégation de service public, la gestion des risques liés à l'exécution du contrat relève, au moins pour partie, de facteurs externes à ce contrat (droit à l'équilibre économique de la convention pour le cocontractant, reconnu par la jurisprudence administrative dans le cadre de la théorie du fait du prince, de l'imprévision, etc.), elle s'opère de façon "endogène" [109] pour les contrats de PFI. Ces derniers sont, comme nous l'avons vu, des contrats de "common law", caractérisés par le respect absolu de la volonté des parties. Toute règle extérieure leur étant inopposable, l'identification et le partage des risques constituent donc des enjeux essentiels de leur négociation. Ils déterminent la viabilité économique du projet et, par conséquent, "sa bancabilité".

1. La gestion contractualisée des risques

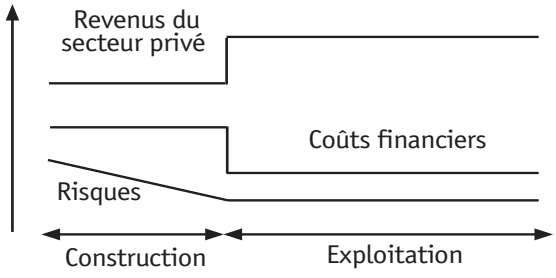
Les projets PFI portant sur des durées très longues, ils reposent sur des hypothèses économiques, techniques, financières dont la probabilité d'occurrence n'est pas totale. Les risques résultent de l'évolution différenciée entre

la prévision et la réalité. Ils sont divers (projet à réaliser, marché du service, tarifs, financement, exploitation et maintenance, etc.) et doivent être assumés par la partie qui en la plus grande maîtrise. Dans le cadre des opérations de type PFI, l'opérateur est rémunéré sur la base d'un prix maximum dont le niveau est indexé sur des éléments représentatifs de l'évolution des coûts, selon une formule PRICE CAP. En principe, cette formule a pour effet de transférer à l'opérateur la quasi-totalité des risques liés à l'exécution du service lui-même. En pratique, ce transfert est tempéré par l'existence de nombreuses formules d'incitation qui s'analysent comme un mode de partage du risque dans une philosophie "gagnant-gagnant". La gestion contractualisée du risque doit donc conduire à une rémunération équilibrée et raisonnable du cocontractant[110]. Dès lors, deux situations doivent être évitées. La première recouvre l'hypothèse où les contraintes économiques et financières devenant intenables pour l'opérateur, il doit déposer son bilan. La seconde vise, au contraire, le cas où, en raison d'une négociation déséquilibrée au détriment de l'administration, le cocontractant dégage des profits excessifs. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'enjeu du refinancement.

2. L'enjeu du refinancement

Le refinancement est une renégociation généralement engagée entre l'opérateur et ses banques. Menée en cours de contrat, à l'issue de la construction des infrastructures, elle a pour objet d'améliorer les conditions de financement au profit de l'opérateur, dans le cadre de projets réussis. Le refinancement est rendu possible par la diminution du risque financier du projet et permet une augmentation du cash flow et du revenu des actionnaires.

Relation entre le risque et les revenus du secteur privé dans une opération PFI classique.



Dans le cadre du PFI, cet enjeu a été notamment mis en évidence à l'occasion d'une l'opération portant sur la réalisation de la prison de Fazakerley. Au terme de la construction de cette prison qui fut ouverte cinq mois à l'avance, le refinancement a permis une augmentation substantielle des revenus des actionnaires du consortium en charge de l'opération (remboursement plus rapide de l'investissement et mécanisme de distribution plus favorable des dividendes). Le refinancement a créé un bénéfice additionnel de 10,7 millions de livres pour l'entreprise, représentant une augmentation de 61% au regard des projections établies à la signature du contrat. Aucun mécanisme de partage des gains n'ayant été prévu dans le contrat conclu entre l'administration et l'opérateur, le refinancement n'a pu bénéficier à l'administration que de façon marginale[111]. Le refinancement de la prison de Fazakerley a fait l'objet de plusieurs rapports rendus notamment par la NAO (National Audit Office) et la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes[112]. Ces rapports mettent en évidence une situation susceptible de se rencontrer dans de très nombreux PFI, qui, bien que parfaitement conforme au contrat, peut apparaître inéquitable aux yeux des contribuables et peu compatible avec la recherche affichée de la "value for money".

Confrontée à une multiplication des cas de refinancement, l'OGC a lancé, depuis deux ans, une large concertation sur cette question. Elle met en lumière le caractère complexe des opérations de refinancement (une première difficulté, pas des moindres, est de les définir et de les détecter alors que le secteur privé n'est pas tenu d'en informer l'administration) et les réticences du secteur privé à partager les gains obtenus. Cette réflexion a, toutefois, abouti à une modification des guides de bonne pratique et de standardisation publiés par l'OGC. Ces modifications ont fait l'objet d'un rapport très récent de la NAO[113]. Pour les PFI de première génération (comme celui de la prison de Fazakerley) où la question du refinancement se pose sans trouver de réponses dans le contrat, l'OGC préconise une renégociation du contrat visant à garantir à l'administration au moins 30% du gain. La réussite de cette démarche est incertaine dans la mesure où elle nécessite de recueillir l'assentiment du cocontractant. Pour les nouveaux contrats, l'OGC promeut une nouvelle approche fondée sur des clauses type de refinancement. La négociation de ces clauses vise à garantir l'information de l'administration et lui donner un pouvoir d'approbation. Elle doit également conduire à un partage égalitaire du gain en cas de refinancement.

III. L'AVENIR DU PFI

La Private Finance Initiative apparaît aujourd'hui comme un mode privilégié de réalisation des nouvelles infrastructures publiques au Royaume-Uni[114]. Utilisé dans une large gamme de services publics (hôpitaux, prisons, routes, systèmes informatiques, bâtiments publics, etc.), il existe aujourd'hui plus de 400 contrats PFI en cours d'exécution, représentant une dépense totale de 100 milliards de livres. D'innombrables rapports et études, émis par les autorités publiques les plus diverses (OGC, Partnerships UK, NAO, Parlement, etc.) évaluent, critiquent et formulent, en toute indépendance, des recommandations sur les différentes opérations mises en œuvre dans le cadre de cette politique publique. Si ces documents manifestent une approche généralement favorable à l'égard du PFI, ils traduisent également le niveau de conscience élevé des pouvoirs publics anglais pour l'efficience des services publics et la meilleure utilisation possible des fonds publics, à travers les critiques qu'ils émettent. Ils ont, en outre, le

mérite de mettre en lumière les enjeux liés aux modes de management publics à l'heure où cette question reste peu évoquée dans d'autres pays… Les autorités impliquées dans des projets PFI semblent, pour leur part, très satisfaites de ce mode de financement et estiment qu'il apporte une réelle "value for money" dans la plupart des opérations[115].

Face à des contraintes budgétaires croissantes et à un impérieux besoin de rénovation des infrastructures publiques, le recours au PFI permet de mobiliser aujourd'hui un niveau de financement sans précédent auprès du secteur privé, en reportant son coût sur les générations futures. L'idée dominante selon laquelle ce coût sera, en toute hypothèse, inférieur au coût généré par une gestion publique semble discutable et ne peut, en tout état de cause, se fonder uniquement sur le "PSC", outil dont la pertinence économique dans le long terme reste à démontrer. On doit néanmoins admettre que le PFI constitue un progrès au regard de la gestion des services publics opérée par l'administration depuis vingt à trente ans. Ce progrès se traduit par une plus grande capacité à offrir un service en temps et en heure, à un prix déterminé et à un standard de qualité satisfaisant.

D'autres enjeux au cœur de l'avenir des opérations PFI doivent enfin interpeller les observateurs étrangers[116] : l'approche partenariale que requièrent ces opérations implique une compréhension mutuelle des métiers du secteur public et du secteur privé et une vision commune de la manière dont le partenariat doit s'opérer. Elle doit être maîtrisée avant la signature, ce qui souligne l'intérêt pour la collectivité publique de disposer de personnels dotés de compétences spécifiques pour faire face à de nouveaux modes de management, à chaque stade de l'exécution du contrat. L'expérience et la formation des négociateurs publics s'avèrent ainsi essentielles pour la réussite de l'opération. Une approche réaliste et pratique de la relation contractuelle doit ensuite être privilégiée. La communication permanente entre les parties, facilitée, par exemple, par la mise en place de locaux communs et l'évaluation régulière des performances du partenariat est, à cet égard, fondamentale.

Notes

[1] *Voir sur ce point l'article 4 de la loi portant habilitation du gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification et de codification du droit.*

[2] *CE, 18 mars 1988, Loupias, Rec p. 975.*

[3] *Source : Institut de la Gestion Déléguée.*

[4] *Source : idem.*

[5] *Source : Institut de la Gestion Déléguée.*

[6] *Commission interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000 (2000/C 121/02 - JOCE n° C 121 du 29/04/2000 p. 0002 – 0013).*

[7] *Voir notamment le projet de rapport du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des marchés publics de fourniture, de services et de travaux, 15 juin 2001, 2000/0115 (COD). Consultable sur internet.*

[8] *Actes de la conférence-débat "la nouvelle définition légale de la délégation de service public. IGD – 5 mars 2002/contribution de Ugo BASSI, administrateur principal à la Direction générale "Marché Intérieur" de la commission européenne.*

[9] *AJDA 2001, p. 106 et s.*

[10] *Conclusions publiées au Sirez 1911.3.1.*

[11] *Cf. infra.*

[12] *JORF du 12 décembre 2001.*

[13] *Cf. infra.*

[14] *Voir sur ce point : A.S. Mescheriakoff : "La nouvelle délégation de service public", Revue Générale des Collectivités Territoriales n°23 – mai juin 2002 p. 225 et suivantes.*

[15] *Ce principe est notamment rappelé par le Charte des Services Publics Locaux publiée à l'initiative de l'IGD*

[16] *A.S. Mescheriakoff, La nouvelle délégation de service public, Revue Générale des Collectivités Territoriales n°23 – mai juin 2002 p. 225 et suivantes.*

[17] *CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, Rec. Page 1979.*

[18] *CE, 8 novembre 2000 : RFDA janvier 2001 p. 112.*

[19] *CE, 16 octobre 2000 : RFDA janvier 2001 p. 111.*

[20] *La réforme du cadre d'intervention des prestations d'ingénierie publique est notamment opérée par l'article 1 de la loi Murcef précitée.*

[21] *Compte-rendu de la conférence débat sur "la nouvelle définition légale de la gestion déléguée - IGD 5mars 2002 - et l'intervention sur ce point d'Emmanuel Glaser.*

[22] *CE, Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de Lambesc, 15 avril 1996, Rec. p 137.*

[23] *Conclusions sous l'arrêt Préfet des Bouches du Rhône c/Commune de la Ciotat du 8 avril 1999. AJDA 1999 p. 364 et suivantes.*

[24] *CE, 30 juin 1999, SMITOM, req. n°198147.*

[25] *CE, 7 avril 1999, Commune de Guilherand Grange, BJCP n°5, p. 456 et s.*

[26] *CE, 30 juin 1999, SMITOM, précité.*

[27] *CAA Marseille, 5 mars 2001, Préfet du Var, req. n°99MA0175.*

[28] *Cf. infra.*

[29] *CE, 11 décembre 1963. Rec. p. 611.*

[30] *RFDA, 1985, p.5.*

[31] *Les conclusions de l'avocat général Antonia La Pergola sous l'arrêt Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden C/BFI Holding BV, du 10 novembre 1998 rappellent que : "la distinction entre marchés et concessions de*

service en droit communautaire " " en l'absence de définition communautaire spécifique ayant une valeur normative, se fonde sur un ensemble de critères " " Dans le cas de la concession, le bénéficiaire est un tiers, étranger au rapport contractuel, qui reçoit la prestation et qui paie une certaine somme en relation avec le service reçu "… " Un autre élément révélateur de la concession est la rémunération, laquelle est, en tout ou partie, tirée de la prestation de service que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires. Un autre aspect significatif de la concession de service dans le domaine communautaire est lié à celui que nous venons d'évoquer et réside dans le fait que le concessionnaire assume le risque économique découlant de la fourniture et de la gestion des services objets de la concession".

[32] *Loi n°82-213 du 2 mars 1982 sur les Droits et libertés des communes, des départements et des régions.*

[33] *Décret du 17 mars 1980 (JO du 20 mars 1980). Ce texte figure aujourd'hui dans le "recueil des modèles des cahiers des charges et des règlements de service", Documentation française, 1987, p. 271 et suivantes).*

[34] *B. NEVEU : "L'AFFERMAGE : Questions actuelles à partir de l'exemple de la distribution d'eau potable". 2001. Mémoire présenté pour le DEA de Droit public de l'économie de Paris II.*

[35] *CE, 29 avril 1997, Commune d'Elancourt, RFDA 1987, p. 524.*

[36] *avec la réserve toutefois que l'objet du contrat demeure inchangé et que son économie ne soit pas bouleversée.*

[37] *CE, 29 janvier 1932, Société des Autobus Antibois, Rec. p. 117.*

[38] *Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.*

[39] *CE, 18 mars 1988, Loupias, Rec. p. 975.*

[40] *CE, 28 juin 1989, Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble, RFDA 1989, p. 29.*

[41] *CE, 6 mars 1989, Union des transporteurs en commun des voyageurs des Bouches du Rhône, req. n°34015.*

[42] *Le professeur Pierre Delvolvé dans son ouvrage consacré au Droit public de l'économie présente la liberté du commerce sous deux facettes : la liberté d'exercer une activité professionnelle, d'une part, et la liberté de concurrencer autrui sans être défavorisé par rapport à lui, d'autre part.*

[43] *CJCE, ARGE Gewässerschutz, 7 décembre 2000, affaire C 94-99.*

[44] *Lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise, lorsque le service est confié à un établissement public à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement, lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par ans. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux modalités de l'article L.1411-2.*

[45] *CE, 23 juillet 1993, Compagnie générale des Eaux, Rec. p. 226 ; RFDA 1994 p. 252.*

[46] *CE, Section, 3 Novembre 1997, Société Million et Marais. Rec. p. 406.*

[47] *Avis n°03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public.*

[48] *Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (JO, 14 juillet 1983) et loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (JO, 27 janvier 1984).*

[49] *CE, Ass., 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, Dalloz 1956, p.759.*

[50] *CE, 31 juillet 1912, Société des granites porphyroïdes des Vosges, Rec. p. 909.*

[51] *CE, 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. p. 67 et 68.*

[52] *TC, 25 novembre 1963, Dame Veuve Mazerand, Rec. p. 792.*

[53] *TC, 25 mars 1996, Berkani, Rec. p. 435.*

[54] *CE, sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. p.158.*

[55] *CE, Sec., 27 octobre 1999, Monsieur Bayeux, n°178412. La haute assemblée adopte une autre position en estimant : " qu'il résulte des dispositions législatives précitées [article 3 de la loi du 26 janvier 1984 et 4 de la loi du 11 janvier 1984] que les contrats passés par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue de recruter des agents non titulaires doivent, sauf disposition législative spéciale contraire, être conclus pour une durée déterminée et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse ; que, par suite, dans le cas où contrairement à ces prescriptions, le contrat de recrutement d'un agent non titulaire comporte une clause de tacite reconduction, cette stipulation ne peut avoir légalement pour effet de conférer au contrat dès son origine une durée indéterminée ; que le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une durée déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial". Voir notamment l'article de Xavier CADOZ : "Agents contractuels retour aux sources".*

[56] *Décret n°88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatives aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale.*

[57] *CE, 1er juin 1988, Mme James. Req. n°69256.*

[58] *Si aucun emploi n'est vacant, l'agent est pris en charge par le Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT) s'il est un fonctionnaire de catégorie A, ou par le centre de gestion des fonctionnaires dans le ressort duquel siège la collectivité s'il est un fonctionnaire de catégorie B, C ou D. Il se voit alors confier des missions correspondantes à son grade en attendant la vacance d'un poste.*

[59] *Cass., Ass. Plé, 16 mars 1990, Bull Civ. page 6.*

[60] *Cass. Soc., 7 juillet 1998, Bull. Civ. n°4069.*

[61] *Il convient toutefois de réserver le cas du directeur et du comptable du service dont le maintien en poste requiert la mise en œuvre d'un régime de droit public. Voir TC, 15 mars 1999, Faulcon c/Commune de Châtellerault, publié aux PA, 12 avril 2000, p 17.*

[62] *Cass. Soc. 2 octobre 1985. pourvoi n°84-40198.*

[63] *Cass. Soc. 7 octobre 1992, Lazareff c/Mairie de Soulac, pourvoi n°89-45712.*

[64] *CJCE, 19 septembre 1995, Rygaard : Rec. CJCE, I, p. 2745.*

[65] *CJCE, 15 octobre 1996, Annette Henke : Rec. CJCE, I, p. 4489.*

[66] *Voir par exemple l'article d'Olivier Castric, "Le maintien du droit des travailleurs en cas de transfert d'entreprise du secteur privé au secteur public", RFDA 2002 n°6 p. 1134.*

[67] *CJCE, 26 septembre 2000, Didier Mayeur c/Association promotion de l'information messine (affaire C-175/99).*

[68] *Cass., soc., 14 janvier 2003, Commune de Théoule sur Mer c/Mme X, n°01-43676. Voir également : Cass., soc., 25 juin 2002, AGS de Paris et*

autres c/Y. Hamon n° 2127.

[69] *Voir J. MARTIN : " L'abandon partiel de la distinction du service public administratif et du service public industriel et commercial : observations sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 2002, AGS de Paris et a. c/Y. HAMON et a." AJDA, avril 2003.*

[70] *Notons, au préalable, que le fait que le service délégué ait le caractère d'un SPA ou d'un SPIC est indifférent dans la mesure où le personnel employé par une personne privée relève dans tous les cas du régime des agents contractuels de droit privé.*

[71] *Cass. Soc., 4 juillet 1990, pourvoi n°85-44260.*

[72] *CE, 14 mai 2003, CCI de Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan, req. n°245628. note Gilles LE CHATELIER DA, juillet 2003, p.17.*

[73] *CJCE, 14 septembre 2000, Renato Collino (affaire C-343/98) ; Voir également J.B. AUBY "CJCE, privatisations et contrat de travail", DA, novembre 2000 p.1.*

[74] *CJCE, 10 décembre 1998, Hidalgo, Rec. CJCE, I, p. 3189.*

[75] *CA Saint Denis de la Réunion, 13 juillet 1999, Vivendi c/CISE de la Réunion (inédit). Voir B. NEVEU "L'AFFERMAGE : Questions actuelles à partir de l'exemple de la distribution d'eau potable". 2001. Mémoire présenté pour le DEA de Droit public de l'économie de Paris II ; p. 34 et suivantes. B. NEVEU rappelle que ce contentieux opposait le groupe Vivendi à la CISE de la Réunion à l'occasion du changement de fermier du service d'adduction d'eau potable. Constatant, d'une part, que l'ensemble des installations ayant été remis au nouveau fermier, le transfert d'une entité économique, dans sa totalité et conservant son identité, avait bien eu lieu, et, d'autre part, que s'agissant de l'exploitation du même réseau, à partir des mêmes moyens et dans les mêmes lieux, l'activité était poursuivie comme précédemment, la Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion a fait application de l'article L122-12 alinéa 2.*

[76] *Avis n°00-A-30 du 4 décembre 2000 relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement (BOCCRF 2001, n°1, 23 janvier 2001, p 24).*

[77] *CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants des réseaux d'eau et d'assainissement, req. n°230804.*

[78] *Ainsi d'ailleurs que pour tout projet d'exploitation d'un service public en régie dotée de l'autonomie financière.*

[79] *CE, 1er avril 1994, Commune de Menton, req. n°144241.*

[80] *Voir sur ce point le sondage BVA/IGD : "La perception des services publics locaux par les Français", décembre 2001.*

[81] *Association d'échange, de concertation des présidents de Conseils Régionaux qui défend et expose, auprès des pouvoirs publics, les propositions des régions sur des questions d'intérêt commun.*

[82] *Actuel Ministre de la Réforme de l'Etat, de la Fonction Publique et de l'Aménagement du Territoire.*

[83] *A l'initiative de l'IGD, un groupe de travail sur "les indicateurs de performance des services publics locaux" a été créé et regroupe l'ensemble des acteurs impliqués dans la gestion des services publics locaux. Les travaux consistent à identifier des indicateurs de performance économique qui mettent en tension la qualité et le prix du service et qui soient, par ailleurs, conformes aux attentes des différents acteurs impliqués dans la gestion de ces services (collectivité organisatrice, opérateur, usager-consommateur, salarié, etc.). L'objectif est donc d'aboutir à un tronc commun d'indicateurs utilisés par les différents services pour instaurer une démarche de "benchmarking". Les premiers travaux ont, toutefois, mis en évidence le caractère sensible de la démarche à l'heure où les attentes des Français, sur ce sujet, sont en constante augmentation. En effet, certaines crispations naissent parmi les différents acteurs : les élus redoutent la pression médiatique liée au parangonnage, les représentants d'usagers et de consommateurs craignent d'être pris en otage dans un processus qui ne traduirait pas leurs véritables attentes et les opérateurs s'inquiètent, enfin, de la complexité du dispositif à mettre en œuvre et de sa capacité à appréhender, de façon objective, la performance des services (transparence dans la manière de les calculer et questions sur les conditions de leur utilisation). Il reste que la mise en place d'indicateurs peut aussi être profitable à tous : à la collectivité organisatrice, tout d'abord, qui pourrait ainsi mieux contrôler l'activité de son délégataire, aux usagers-consommateurs, ensuite, qui seraient mieux informés de la qualité du service qui leur est offert et, enfin, aux différents opérateurs qui seraient capables de mieux cerner les attentes de leurs clients.*

[84] *Ceci découle du principe constitutionnel de liberté d'organisation des modes de gestion des services publics.*

[85] *op. préc.*

[86] *Les services de l'Etat ne disposant pas de compte d'affectation TVA, ils ne peuvent déduire la TVA acquittée pour les dépenses de fourniture ce qui constitue un surcoût.*

[87] *L'évaluation qui a permis d'établir ce prix national de journée a pris quelques mois. En effet, les coûts véritables de l'ingénierie publique étaient encore mal connus de l'administration puisque le système reposait jusqu'à maintenant sur une déclaration annuelle des services déconcentrés qui ne permettait pas de connaître précisément le nombre des prestations réalisées, ni le temps requis pour chacune d'entre elle.*

[88] *Mars 2003, consultable sur le site internet de la Commission européenne.*

[89] *"World development report : infrastructure for development", Banque Mondiale, 1994.*

[90] *Réalisation : DIGITIP-UBIFRANCE/Denis Levy.*

[91] *J.P. TARDIEU : "Les modes de régulation à l'étranger", AJDA 20 septembre 1996, p. 606.*

[92] *X. BESANÇON : "Essai sur les contrats de travaux et de services public : contribution à l'histoire administrative de la délégation de service public", LGDJ 1999.*

[93] *Article 3.I de la loi du 29 août 2002 et article 3 de la loi du 9 septembre 2002 : "L'Etat peut confier à une personne ou à groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale [ou sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires]." L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le Code des marchés publics. Si le marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global". "Les marchés passés par l'Etat pour l'exécution de cette mission ne peuvent comporter des stipulations relevant des conventions mentionnées aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du Code du domaine de l'Etat et de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales".*

[94] *"dans l'hypothèse d'un marché unique, (…) la construction et l'aménagement feront l'objet de paiements sur crédits d'investissement,*

alors que les prestations relatives à l'entretien et à la maintenance (…) feront l'objet de paiements chaque année, (…) sur crédits de fonctionnement" ; " tout mécanisme de paiement différé est exclu et la loi ne permet pas de déroger aux dispositions, applicables à ces contrats, de l'article 94 du Code des marchés publics". Voir Pierre DELVOLVE : "Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements", BJCP n°25, p. 418.

[95] *L'article 3.II de la loi insère les articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 au Code du domaine de l'Etat. L'article L.34-3-1 permet à l'Etat de recourir à des contrats de location avec option d'achat dans les conditions suivantes : L'Etat et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale et comportant, au profit de l'Etat, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public …".*

L'article L.34-7-1 précise ensuite que le financement de ces constructions peut donner lieu "… à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public… ".

[96] *L'article 3.III de la loi du 29 août 2000 codifié à l'article L. 1311-4 du Code général des collectivités territoriales prévoit que : "Jusqu'au 31 décembre 2007, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'Etat pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales. Une convention entre l'Etat et la collectivité ou l'établissement propriétaire précise notamment les engagements financiers des parties, le lieu d'implantation de la ou des constructions projetées et le programme technique de construction. Elle fixe également la durée et les modalités de la mise à disposition des constructions. Les constructions mentionnées au présent article peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public".*

[97] *J.M. LONCLE : "Grands projets d'infrastructures : le montage build, operate, transfert (BOT) ", RDAI, n° 8 1997, p. 946*

[98] *Schéma tiré du trente-troisième rapport de la commission des comptes publics "Getting better value for money from the private finance initiative". Juillet 1999, disponible sur le site Internet de la Chambre des Communes britannique.*

[99] *cf. première partie de l'étude.*

[100] *B. DU MARAIS, "Quelques observations françaises sur le partenariat public privé en Grande-Bretagne", IGD 2001.*

[101] *P. COSSALTER, "Introduction à la Private Finance Initiative", IGD 2001.*

[102] *P. COSSALTER, op. cit., page 65 et suivante.*

[103] *B. Du Marais, op. cit., page 82.*

[104] *Schéma tiré de l'article de P. Cossalter, op. cit., page 33.*

[105] *"Health - First report", Health Committee. 15 mai 2002. Disponible sur le site Internet de la Chambre des Communes britannique.*

[106] *"Health - First report (IV Private Finance Initiative)", Health Committee, op. prec. : "If there is one thing that you could do, which I think we would all agree needs to be looked at, it is to recommend that public sector comparators become real comparators. There is not one that I am aware of so far which has really understood what the future provision of a hospital would cost, because … the figures have to be based, in general, on historic costs, to show how the hospital has been treated in the past. And since we know there is a woeful lack of maintenance in the last 20 to 30 years in the public sector, it is difficult then to put in a full maintenance figure, or else the Trust publicly is admitting it has not maintained the estate properly"(propos de M. ROSE, représentant de la "Business Service Association" dans le cadre d'une audition).*

[107] *"The PFI contract for the new Dartford and Gravesham Hospital", Twelfth report, Committee of Public Account. 7 avril 2000. Disponible sur le site Internet de la Chambre des Communes.*

[108] *"Health - First report (IV Private Finance Initiative)", Health Committee, op. prec. :"Although we make the assumption in the public sector comparator that capital is available, as we all know, despite the fact that we are putting more capital into the National Health Service through the Treasury than we have ever done that would not be enough to meet our ambitions around this".*

[109] *Stéphane Braconnier : "Les contrats de Private Finance Initiative : Réflexion sur la dynamique contractuelle dans les partenariats public privé", mai 2002, BJCP n° 22.*

[110] *La NAO (National Audit Office) évoque un "reasonable return" : "Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects", p. 1, NAO Report. 29 juillet 2001. Disponible sur le site Internet de la NAO.*

[111] *L'administration a toutefois pu négocier 1 million de livres correspondant à la rémunération des risques supplémentaires qu'elle assumait du fait de ce refinancement en cas de résiliation anticipée du contrat.*

[112] *"The refinancing of the Fazakerley PFI prison contract", Thirteenth Report, committee of public account. 4 juillet 2001. Disponible sur le site Internet de la Chambre des Communes.*

"The refinancing of the Fazakerley PFI prison contract", NAO Report. 26 juin 2000. Disponible sur le site Internet de la NAO.

[113] *"PFI refinancing update", NAO Report. 7 novembre 2002. Disponible sur le site Internet de la NAO.*

[114] *"PFI construction performance", NAO Report. 5 février 2003. Disponible sur le site Internet de la NAO.*

[115] *"PFI construction performance", NAO Report, 5 février 2003. précité.*

[116] *"Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects", NAO Report. 29 juillet 2001. Disponible sur le site Internet de la NAO.*

Ce cahier ne peut être vendu séparément.

Éditeur : L'Action municipale
SARL au capital social de 15000 euros
R.C.S Paris B 659.801.419
17, rue d'Uzès, 75108 Paris Cedex 02.
N° de commission paritaire : 63.333
Directeur de la publication : Jacques Guy
Composition : Groupe Moniteur
Tirage : Roto-France Impression (Emerainville)
Dépôt légal : octobre 2003