

**LA GESTION DÉLÉGUÉE**  
**un concept à promouvoir**

*par Dominique Brault*  
*Avocat à la Cour*

JUILLET 2000

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

*L'auteur remercie de leurs suggestions et de leurs contributions à cette étude,  
Monsieur Marceau Long, président de l'Institut de la Gestion Déléguée,  
Monsieur Gilles Le Chatelier, maître des requêtes au Conseil d'État et  
Maître Catherine Jeancolas, avocat au cabinet Coudert frères*

# SOMMAIRE

<b>PRÉFACE</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>11</b>
<b>I - UN PARTENARIAT ÉQUILIBRÉ ENTRE CONCÉDANT ET CONCESSIONNAIRE</b>	<b>23</b>
1.1 - LES OBLIGATIONS DU CONCÉDANT	23
1.2 - LES OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE	37
1.3 - LES DROITS DU CONCÉDANT ET DU CONCESSIONNAIRE	40
<b>II - LA PLACE CENTRALE DES USAGERS DANS LA GESTION DÉLÉGUÉE</b>	<b>46</b>
2.1 - LA GESTION DÉLÉGUÉE DOIT RÉPONDRE PRINCIPALEMENT À L'INTÉRÊT DES USAGERS	46
2.2 - L'OUVRAGE OU LE SERVICE PUBLIC CONCÉDÉ EST FINANCÉ PRINCIPALEMENT PAR SES USAGERS	58

# PRÉFACE

*Voici un véritable précis de la gestion déléguée, qui vient à point à quelques mois de la fin de mes cinq années de mandat de Président de l'Institut dédié à ce mode de gestion des services publics. Le premier des travaux de notre Institut avait été la préparation et la rédaction d'un ouvrage, venant après les tâtonnements inévitables qui ont suivi les réformes de la loi du 29 janvier 1993 – la loi Sapin – . J'ai présidé pendant près de quinze mois les réunions de représentants des concédants, des concessionnaires, des ministères de tutelle, dont le consensus final après de longues discussions, fut notre Guide "Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public", publié par la Documentation française.*

*C'est une grande satisfaction pour moi d'avoir le plaisir de préfacier l'ouvrage de Dominique Brault qui connaît parfaitement, depuis près de cinq ans maintenant, la vie de l'Institut dont il est membre du Conseil d'Administration et du Bureau. Il la suit avec la hauteur et le recul que lui ont apporté sa carrière d'administrateur au ministère de l'économie et des finances, qui l'a porté à la sous-direction de la concurrence, aux fonctions de rapporteur général de la Commission de la Concurrence, puis de contrôleur d'État avant de devenir avocat-conseil.*

*C'est son expérience des problèmes du droit de la concurrence qui lui a déjà inspiré la publication de "L'État et l'esprit de concurrence en France", du "Droit de la concurrence comparé", et de "Droit et politique de la concurrence". Il était donc précieux pour nous qu'il s'intéresse, alors que la réalité de son ouverture a été parfois contestée en certains domaines, au marché des concessions des collectivités locales, qui n'échappe d'ailleurs pas au Conseil de la concurrence...*

*Analysant les rapports du droit concessif avec le droit et les principes communautaires, il admet que les textes et l'esprit du Traité de Rome et du droit dérivé peuvent fragiliser la gestion déléguée, sous ses diverses formes contractuelles. Mais, en même temps, il a une telle foi au "grand avenir" qu'elle a aujourd'hui devant elle – et il en donne les motifs dans sa conclusion – qu'il fait pleine confiance en sa "flexibilité", qui lui a déjà permis de traverser des siècles.*

\*

*Je me sens en plein accord avec lui, lorsqu'il énonce la condition de cette pérennité : que la gestion déléguée se distingue clairement d'autres concepts juridiques, et notamment qu'elle ne soit pas confondue avec les marchés. C'est, en effet, la crainte que m'inspirent certains principes du droit communautaire comme, d'ailleurs un certain esprit dans lequel ont été conduits, en France, les projets de réforme des marchés publics.*

*Nous avons longtemps critiqué le refus de la Communauté de distinguer les marchés publics des délégations de service public, comme le laissait penser le fait que les concessions de travaux étaient traitées par le même texte que les marchés de travaux. Mais l'exclusion expresse des concessionnaires de service, par le Conseil des communautés, du champ de la directive "marchés publics de services" me rend l'espoir que la distinction n'échappe pas à Bruxelles. La récente communication interprétative de la Commission Européenne du 29 avril 2000 paraît admettre la spécificité de la famille des délégations, regroupées sous le terme générique de concessions, et en donner le fondement : l'entreprise concessionnaire a le droit d'exploiter l'ouvrage et de percevoir des redevances des usagers, ce droit impliquant un transfert de responsabilité, et mettant le risque d'exploitation à la charge de l'opérateur.*

\*

*Tout comme il faut distinguer la délégation du marché, il faut la séparer de la privatisation. La différence des deux concepts nous est familière, mais je me suis rendu compte, lors d'un colloque à Buenos Aires - La Plata, en mai 2000, en Argentine, qu'elle n'était pas aussi évidente sous d'autres*

*cieux. Lorsque le service est délégué ou concédé, le service reste organisé par la collectivité publique qui pose les objectifs, définit les résultats à atteindre, sans trop entrer dans le choix des moyens sous peine de priver l'exécution des innovations que lui apporte le savoir faire de l'entreprise, et arrête un cahier des charges. La collectivité contrôle et sanctionne. Mais l'opérateur du service n'est plus la collectivité publique, il lui est extérieur. Le recours à la délégation par un contrat, souvent de longue durée, aux risques et profits de l'entreprise, expression meilleure que "frais et risques" du droit français, assure à la collectivité publique l'essentiel des mécanismes du marché, tout en lui réservant la maîtrise et le contrôle du service : contrôle interne du concédant, contrôle externe de légalité, contrôle des comptes par les Chambres régionales et la Cour des comptes. Ce type de contrat existe sous de multiples formes selon que l'entreprise est chargée ou non de faire les investissements sur les infrastructures nécessaires, selon que la rémunération de l'entreprise est ou non complétée par des versements directs de la part de la collectivité publique. La concession est le plus ancien prototype de cette famille, dont l'affermage et la régie intéressée sont d'autres formes, décrites par l'auteur, tout comme d'autres types de contrat dont l'appartenance à la famille des délégations, fait doute.*

*Cet ensemble de caractères distingue nettement la délégation de la privatisation, qui sépare complètement le service de la collectivité et en transfère la responsabilité – et les actifs – à l'entreprise privée.*

\*

*Tous les fondements de la délégation sont exposés avec autant de concision que de clarté :*

- la définition, qui n'est malheureusement pas dans la loi, et ne peut résulter que d'un faisceau de critères donnés par la jurisprudence,*
- le champ d'application, dont les domaines relèvent du service public,*
- les raisons de succès éclatants et d'abus qui ont conduit à la suspicion et à la méfiance à l'égard de ce mode de gestion,*
- le partenariat équilibré entre concédant et concessionnaire,*

- *le principe et les limites du libre choix,*
- *les obligations du concédant dans la passation et au cours de l'exécution de la convention , comme celles du concessionnaire, ainsi que les droits des uns et des autres,*
- *la place centrale de l'usager, troisième acteur, bénéficiaire et financeur de l'ouvrage ou du service qui fait l'objet du contrat, certes souple, mais soumis à nombre de contrôles internes et externes vérifiant notamment la bonne application des principes de continuité, d'égalité d'accès et de traitement, d'adaptabilité aux besoins...*

*Dominique Brault a su évoquer les problèmes qui ont placé la gestion déléguée, ces dernières années, sous le faisceau des médias, ainsi que les sondages faits en ce qui concerne sa perception par les usagers, et les contentieux qui ont parfois nourri des articles dans la grande presse, tels :*

- *l'avenant entre la Ville de Grenoble et le gestionnaire du service public local transformant cette entreprise en une société d'économie mixte,*
- *la résiliation de la concession du tronçon nord du périphérique de Lyon,*
- *l'annulation de la concession du tunnel de Vaucresson (autoroute A86) pour l'absence de publicité prévue par une directive qui n 'avait pas été transposée...*

\*

*Comment enfin ne pas me rallier au sous-titre du travail de Dominique Brault : "Un concept à promouvoir" ?*

*J'ai pu, dans l'exercice de ma présidence de l'Institut de la Gestion Déléguée, mesurer la vigueur et les moyens que se sont donnés le Chancelier de l'échiquier et la Treasury britannique pour soutenir mondialement leur modèle, la PFI (Private Finance Initiative) afin de relancer les investissements, notamment dans les "utilities", et appeler les capitaux privés à financer des investissements publics... La PFI est cependant bien loin d'avoir en Grande Bretagne, l'importance qu'a chez nous la gestion déléguée, en nombre de contrats et en volume financier. Sans pousser trop loin*

*le parallélisme entre deux types de contrat différents, même si leur objectif est comparable, je ne puis que regretter que nos autorités publiques n'aient pas le même entrain pour défendre un modèle bien français depuis quatre siècles, dont l'expansion internationale est considérable, et qui est porté sur tous les continents par de grandes entreprises françaises devenues d'ailleurs multinationales. Si nous nous flattons des bons résultats de notre commerce extérieur en ce qui concerne les services – qui leur sont cependant dus pour une bonne partie – ce n'est certes pas en favorisant notre modèle sur le plan national...*

Marceau LONG  
*Président de l'Institut de la Gestion Déléguée*  
*Vice Président honoraire du Conseil d'État*

# INTRODUCTION

La gestion déléguée des services ou des ouvrages publics est très couramment pratiquée en France, pays d'origine de ce concept dès le XV<sup>e</sup> siècle. La concession, sa forme traditionnelle, a permis en France le financement et la construction de nombreux et importants équipements publics, canaux, voies ferroviaires, réseaux de distribution d'eau, etc... Beaucoup de municipalités, des groupements de communes, des départements, des régions et l'Etat y ont couramment recours.

La gestion déléguée connaît également un succès croissant sur le plan international. Partout dans le monde et de plus en plus, la création et la gestion d'infrastructures, d'ouvrages, d'équipements ou de services publics sont déléguées par les États et les collectivités publiques secondaires qui en ont la responsabilité à des opérateurs spécialisés, le plus souvent du secteur privé.

La gestion déléguée est particulièrement adaptée en cas d'investissement lourd, lorsque sont insuffisants, pour la collectivité à laquelle incombe la responsabilité d'un service public ou d'un ouvrage public, la capacité d'autofinancement ou les actifs pour garantir des prêts bancaires.

En Europe de l'ouest, les contraintes financières liées aux engagements pris dans le Traité de Maastricht confèrent un grand intérêt au financement de projets par le secteur privé.

Des pays de l'Europe de l'est, en particulier, ont adopté la gestion déléguée comme un moyen parmi d'autres de "décollectiviser" certaines activités économiques des Etats ou des municipalités.

Même la Banque mondiale et le F.M.I., longtemps obnubilés par la privatisation intégrale, ont fini par recommander le recours à la concession, parfois qualifiée de "French way".

Ce mode de financement et d'exploitation de projets d'infrastructures est aujourd'hui largement promu sous des appellations anglo-saxonnes, "Build Operate Transfer" (B.O.T.), "Private Finance Initiative" (P.F.I.), ou encore "Public Private Partnership" (P.P.P.). C'est la réinvention anglo-saxonne d'une pratique séculaire en France.

Certes, il peut y avoir quelques différences entre la concession classique du droit administratif français et le B.O.T.

Dans la première, par exemple, les constructions et équipements réalisés par le concessionnaire sont immédiatement la propriété du concédant tandis que le transfert de propriété est opéré à l'expiration de l'exploitation dans le B.O.T.

Mais de telles différences n'affectent pas la similitude d'ensemble des deux concepts. Qu'on les regarde sous l'angle économique ou sous l'angle juridique, ils présentent les mêmes principaux traits caractéristiques.

L'idée de base est toujours de contracter avec un opérateur extérieur à la collectivité publique et de lui faire affecter les produits de l'exploitation future des services et des équipements au remboursement de son investissement initial en même temps qu'à la rémunération de son exploitation.

Si la gestion déléguée connaît une nouvelle jeunesse c'est sans doute qu'elle est bonne.

Aussi importe-t-il de la défendre contre deux menaces : la difficulté d'identifier clairement la gestion déléguée par rapport à la notion plus connue de marché public, d'une part, un certain discrédit dû à quelques dévoiements dans son utilisation, d'autre part.

### ● Une définition floue

La définition de la gestion déléguée ne résulte pas de la loi.

Il y a peu de législation en France en cette matière, contrairement à celle

des marchés publics. Seuls quelques aspects des conventions de délégation de service public ont, depuis quelques années, fait l'objet de dispositions législatives, et cela aux seules fins d'assurer plus de transparence et de prévenir la corruption.

Même la principale, la loi Sapin de 1993<sup>1</sup>, n'a pas défini précisément la notion, à laquelle elle se réfère, de "délégation de service public".

La définition de la gestion déléguée est donc essentiellement d'ordre jurisprudentiel. Les contours du concept sont flous et mouvants, comme le sont aussi les contours des notions de service public, de services d'intérêt collectif ou de services d'intérêt économique général.

Plusieurs débats récents ont illustré la difficulté de ne pas confondre le concept de délégation de service public avec d'autres concepts de droit public qui en ont quelques traits caractéristiques, tels que l'autorisation d'utiliser le domaine public, par exemple. Que ce soit à propos de la délivrance des licences de téléphonie mobile de troisième génération (UMTS) ou de la cession de stations-service sur les autoroutes que la Commission européenne a imposée à Total-Fina-Elf, certains ont vu des délégations de service public là où il n'y en avait pas

Il importe donc de tenter de clarifier la définition de la gestion déléguée des services publics.

On peut partir de la définition grossière suivante : une personne publique qui a la responsabilité d'assurer un service d'intérêt collectif confié à une autre personne morale, qu'elle soit privée, publique ou semi-publique, le soin de gérer ou d'exploiter ce service, ainsi que, dans certains cas, le soin de financer, construire ou rénover les équipements nécessaires à la prestation de ce service pour son compte et sous son contrôle pendant une certaine durée et moyennant une rémunération déterminée en tout ou en partie par les résultats financiers de l'exploitation.

---

1 - Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Malheureusement, aucun des éléments qui composent cette définition n'est à la fois sûr, stabilisé et suffisant.

Ainsi en va-t-il du critère relatif au financement : c'est en principe l'usager du service ou de l'ouvrage qui le paye, sous la forme de redevances ou de péages. Ce mode de rémunération du concessionnaire diffère de celui, plus ponctuel et forfaitaire, par lequel la collectivité publique paye un prix convenu avec un fournisseur avec lequel elle a passé un marché public.

Toutefois, on reviendra plus loin sur cette caractéristique de la gestion déléguée, pour montrer que la notion de lien substantiel de la rémunération du concessionnaire avec les résultats de son exploitation a été substituée à celle, traditionnelle, de paiement direct et exhaustif du service par les usagers<sup>2</sup>.

Le droit communautaire a introduit une incertitude supplémentaire sur cette condition essentielle de qualification d'une gestion déléguée : la directive "marchés publics de travaux" de 1993<sup>3</sup> a défini la concession de travaux comme comportant, en contrepartie des travaux, soit uniquement le droit d'exploiter l'ouvrage, soit ce droit "assorti d'un prix".

Enfin, ce mot de "prix" n'a pas été repris dans les textes de transposition de la directive en droit français, ce qui a achevé de troubler la vision du champ reconnu à la gestion déléguée.

L'incertitude est moindre s'agissant de la forme conventionnelle qui est aussi l'une des caractéristiques des délégations de service public.

Du point de vue juridique, la concession classique et le B.O.T. ont toujours une nature contractuelle. On ne peut donc pas parler de gestion déléguée lorsque c'est par l'effet d'un texte législatif ou réglementaire

2 - C.E. du 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c./ Ville de Lambesc.

C.E. 30 juin 1999, Syndicat mixte du Traitement des ordures ménagères Centre-Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM)

3 - Directive n° 93/38 du 14 juin 1993

qu'est créé un organisme pour assurer la gestion d'un service public. Un transfert de compétences qui s'opère dans une relation d'ordre institutionnel ne relève pas de la gestion déléguée, laquelle est toujours un transfert d'ordre contractuel.

Les Aéroports de Paris, par exemple, sont un établissement public institué par une ordonnance de 1945 pour construire, exploiter et développer sans limitation de durée, tous les aérodromes et aéroports dans un rayon de 50 kilomètres autour de Paris. C'est encore par l'effet d'un texte et non d'un contrat qu'A.D.P. a été en 1998 délégataire de nouvelles missions de service public en matière de sécurité incendie et de sûreté des aéroports.

Il n'en va différemment que si le texte législatif qualifie explicitement comme telle une concession, quelles que soient les modalités de rémunération du délégataire. Le juge administratif ne peut alors que s'incliner<sup>4</sup>.

La durée du lien contractuel est une caractéristique moins déterminante de la gestion déléguée. Le caractère momentané du lien contractuel dans un marché public ne le caractérise pas toujours par rapport à une gestion déléguée. On ne peut donc pas systématiquement opposer la gestion déléguée, qui serait de longue durée, aux marchés publics qui, eux, auraient un caractère ponctuel. Il existe, par exemple, des marchés de prestation de services qui s'exécutent pendant plusieurs années. La Communauté urbaine de Lyon a fait un appel d'offres pour qu'un prestataire de services exploite le périphérique à péage du nord de la ville, préférant finalement cette solution à celle d'une gestion déléguée. Il demeure vrai, néanmoins, que la durée moyenne des conventions de gestion déléguée est très supérieure à celle des marchés publics.

Le statut privé, public ou semi-public de la personne chargée de la concession est encore moins un critère caractéristique de la gestion déléguée. Le plus souvent c'est une entreprise privée ou un consortium d'entre-

---

4 - C.E., 16 avril 1986, Cie CLT, au sujet d'un service de télévision par voie hertzienne. RFDA 1987 ; T.A. Paris, 2 nov. 1994, Groupement des sociétés Eiffage et autres, au sujet du Grand Stade.

prises privées qui est concessionnaire, mais cela peut être aussi une personne morale de droit public ou une société d'économie mixte. E.D.F. est concessionnaire. L'Etat a concédé à des collectivités locales l'exploitation de ports de plaisance Il en va de même sur le plan international : l'exploitation de l'aéroport de Phnom-Pehn, par exemple, est concédée à un consortium qui regroupe des entreprises privées, comme G.T.M., et un établissement public, A.D.P.

On côtoie encore la frontière floue du concept de gestion déléguée lorsqu'une ou plusieurs collectivités publiques confient la gestion de services à des organismes qui sont leur propre émanation. La pratique est courante de transférer des attributions à des organismes privés, publics ou semi-publics, qui sont contrôlés par les collectivités fondatrices. Il peut s'agir principalement de sociétés d'économie mixte, de g.i.e., de groupements d'intérêt public, d'établissements publics ou d'associations. Il y a alors délégation à soi-même. Ce n'est qu'une pseudo externalisation des attributions ou activités en cause. Il n'y a pas de véritable autonomie pour le délégataire. On pourrait donc considérer que l'on est alors hors du champ de la gestion déléguée, cette autonomie en étant l'une des caractéristiques.

Et pourtant plusieurs lois vont en sens contraire.

Une loi du 7 juillet 1983 sur les sociétés d'économie mixte semble bien faire relever de la délégation de service public puisqu'elle exige que fasse l'objet d'une convention qui ne soit pas un marché toute relation entre une collectivité publique et une S.E.M.

C'est aussi le cas de la loi n° 51-592 du 24 mai 1951 relative aux concessions de mise en valeur de régions, concessions qui peuvent être consenties à une S.E.M. ou à toute autre forme d'organisme regroupant des personnes publiques ou privées, à condition que la majorité des capitaux appartienne à des personnes publiques.

Au terme de cette revue rapide et incomplète des éléments qui caractérisent une gestion déléguée, il apparaît que sa définition est imprécise : aucun critère unique ne suffit à la caractériser mais plusieurs critères

permettent de la qualifier lorsqu'ils sont réunis : intérêt public du service ou de l'ouvrage objet de la délégation, liens contractuels durables entre l'autorité délégante et le délégataire ainsi qu'entre ce dernier et les usagers, autonomie du délégataire par rapport à l'autorité délégante, transfert au délégataire de prérogatives de puissance publique, contrôle de cette dernière et, surtout, rémunération du délégataire par les usagers ainsi qu'exploitation aux risques du délégataire.

Aucun de ces critères n'est suffisant s'il est isolé. L'absence totale de certains d'entre eux peut exclure la qualification de gestion déléguée. Inversement, il peut y avoir gestion déléguée alors même que tel ou tel des critères n'est pas satisfait ou ne l'est qu'en partie. Aujourd'hui la plupart des conventions de délégation dérogent à une ou plusieurs des règles classiques du genre.

En définitive, c'est seulement par une analyse cas par cas qu'il est possible d'identifier une gestion déléguée à partir d'un faisceau d'indices.

Le juge se prononce en cas de doute et de besoin de qualifier le contrat. Il le fait en fonction du contenu de la convention et non de la dénomination que les signataires ont pu lui donner.

Cette absence d'une définition claire, sûre et précise de la gestion déléguée nuit sans doute à son développement en raison du besoin de sécurité juridique des co-contractants. Elle n'a cependant pas empêché que la pratique confère un large champ d'application à ce mode de gestion et de financement.

### ● Un large champ d'application

Les domaines d'application de la gestion déléguée sont multiples : grandes infrastructures routières, portuaires ou aéroportuaires, parcs de stationnement, équipements sportifs ou culturels, services urbains, distribution et traitement de l'eau, assainissement, distribution de l'énergie, transports collectifs, chauffage urbain, équipements sportifs, etc... Autant de domaines où l'on peut facturer une consommation récurrente et où il existe une relation marchande avec des usagers identifiables.

Tous ces domaines d'application ont aussi en commun de relever du service public, notion qui est soit spécifiée dans les lois, soit reconnue sur un plan jurisprudentiel.

C'est seulement de ses missions régaliennes (état civil, police<sup>5</sup>, justice, défense nationale, perception de ressources fiscales, etc...) qu'une collectivité publique ne peut pas se décharger sur un délégataire. Par leur nature ou par la volonté du législateur, ces activités doivent être assurées directement par la collectivité publique elle-même.

Encore assiste-t-on à une évolution à cet égard. On a pu la percevoir ou en débattre à propos de police supplétive ou de surveillance des prisons, par exemple<sup>6</sup>.

Sous ces réserves, comme l'a reconnu un avis du Conseil d'Etat du 7 octobre 1986, avis qui a été suivi dans une circulaire du Ministère de l'Intérieur du 7 août 1987, presque toutes les activités des collectivités publiques sont susceptibles d'être gérées sur délégation.

Il n'existe pas à cet égard de distinction de principe entre les services à caractère industriel ou commercial et les services à caractère administratif. Les seconds peuvent aussi être délégués dès lors qu'ils ne relèvent pas des prérogatives régaliennes.

D'ores et déjà, en France, l'État a confié au secteur privé la conception et la construction de vingt-cinq établissements pénitentiaires. Il a conservé leur direction et la surveillance mais a concédé la maintenance, l'hôtellerie, la restauration, le transport des prisonniers, leur santé et le travail carcéral.

De même, si la restauration dans les cantines scolaires peut être déléguée, la surveillance des élèves ne peut pas l'être.

Quant au critère selon lequel n'entrent sous le régime de la concession que les activités de service public, il y a longtemps qu'il a été assoupli :

des travaux publics exécutés pour le compte d'une collectivité publique ou l'exploitation d'un ouvrage public ne sont pas nécessairement liés à l'exercice d'un service public. Il suffit qu'ils soient faits dans un but d'intérêt général pour pouvoir faire l'objet d'une concession de travaux publics<sup>7</sup>.

La délégation peut ne porter que sur l'exploitation d'un service public. On parle alors soit de concession de service public, soit d'affermage<sup>8</sup>. Elle peut aussi porter à la fois sur la construction ou la modernisation des équipements nécessaires à un service public et sur son exploitation. C'est la concession de travaux publics ou la concession de travaux et de services publics. Le plus souvent elle intègre ces deux aspects. Elle peut même s'étendre à la conception.

#### • Les raisons d'un succès et sa rançon

Le fort développement de la gestion déléguée peut s'expliquer par plusieurs raisons.

La plus importante est sans doute l'insuffisance des ressources financières des collectivités publiques, qu'elles soient nationales ou locales, pour répondre à des besoins croissants et onéreux d'infrastructures ou de services publics.

Les limites de l'autofinancement et de l'endettement ne sont pas seulement rencontrées dans les pays moins développés et les plus dépourvus de grandes infrastructures. Elles le sont aussi dans les pays les plus riches et les plus industrialisés. Les collectivités publiques, communes et autres collectivités territoriales, de même que les États, trouvent un grand intérêt à ne pas s'endetter davantage pour réaliser des projets et préfèrent en déléguer la réalisation puisque l'opérateur délégataire doit normalement faire son affaire du financement. C'est grâce à la gestion déléguée que beaucoup de ces collectivités peuvent rénover des réseaux ou se doter de

---

7 - Conseil d'Etat. Arrêt Commune de Montségur, 10 juin 1921.

8 - Cf. infra.

nouveaux équipements dans des conditions qui sont hors de portée de leurs moyens financiers propres.

Le besoin de mobiliser de nouvelles sources de financement n'est pas la seule motivation du recours croissant à la gestion déléguée. Une autre raison de son développement est la supériorité de ce mode de construction et de gestion en termes d'efficacité. C'est un moyen d'optimiser la qualité des services collectifs.

Plus les services attendus des usagers sont complexes et nombreux, moins il entre dans les compétences et les possibilités des Etats et des collectivités locales de les rendre par leurs propres moyens, c'est-à-dire en régie.

Une chose était d'entasser les ordures ménagères dans des décharges ; autre chose est d'organiser un tri sélectif, de traiter les déchets, de les recycler ou de les éliminer.

Ce sont des métiers très évolutifs de sorte qu'il y a un champ croissant de développement potentiel pour la gestion déléguée des services publics.

Il n'y a pas à opposer une gestion publique qui serait par nature inefficace et une gestion privée qui serait par nature vertueuse. Les deux approches ont leurs forces et leurs faiblesses. L'examen des rapports de la Cour des comptes révèle autant d'anomalies d'un côté que de l'autre. Ce qui importe est de choisir le mode de gestion le mieux adapté à un besoin précisément défini dans un contexte déterminé<sup>9</sup>.

En pratique, on observe que la gestion déléguée permet le plus souvent une amélioration du rapport entre la qualité et les coûts. L'impératif de rentabilité est le meilleur facteur de réduction des prix de revient. De fait, même à qualité égale, les coûts de l'exploitation en gestion déléguée sont souvent plus bas que ceux des mêmes services exploités en régie.

Cela tient à l'intérêt qu'a le concessionnaire à faire des gains de productivité puisqu'il opère à ses risques et périls sans avoir l'entière maîtrise des

---

9 - L'Institut de la gestion déléguée a fait éditer un guide pratique dénué de parti-pris pour aider les collectivités publiques à faire ce choix.

tarifs, c'est-à-dire du niveau et de l'évolution des redevances qu'il perçoit des usagers.

Une autre raison du succès rencontré par la gestion déléguée est de caractère plus politique.

La gestion déléguée n'est pas une simple variante de la privatisation. Elle en emprunte les avantages d'efficacité mais elle en est bien différente en ce qu'elle sauvegarde mieux l'intérêt public des usagers grâce à la maîtrise éminente que l'autorité délégante conserve du service et aux contrôles auxquels est soumis le délégataire.

La privatisation conduit fatalement à une perte du contrôle stratégique d'un service public, ce qui est par essence politiquement sensible. La Grande-Bretagne n'a pu limiter cette conséquence qu'au prix du rétablissement de nouvelles formes de tutelle dont le dirigisme vaut bien celui qui était naguère familier aux Français. La privatisation étroitement régulée par des agences spécialisées est source de conflits et s'analyse en un transfert définitif de l'intégralité des risques et des profits.

Malgré tous ses avantages, le concept de gestion déléguée a été victime de son succès et se trouve, de ce fait, menacé. Il a fait la prospérité de groupes industriels qui se sont parfois laissés aller à des abus. Un certain nombre "d'affaires" ont conduit à jeter l'opprobre sur ce mode de gestion. Le Parlement l'a donc soumis à de nouvelles règles de transparence et de contrôle. Plusieurs de ces règles trahissent un net parti pris de suspicion. Les Chambres régionales des comptes et la Cour des comptes ont été habilitées à examiner les comptes des entreprises concessionnaires même lorsqu'elles sont privées et qu'il n'y a pas de financement public.

Un Institut de la Gestion Déléguée a été fondé en 1996 afin de réunir pour la défense et l'illustration du concept des représentants des collectivités publiques, des entreprises concernées et des usagers, ainsi que des personnalités qualifiées<sup>10</sup>.

Il s'applique notamment à définir les conditions de réussite d'une gestion déléguée.

On peut les regrouper sous deux idées.

Elle suppose un équilibre des droits et des obligations du concédant et du concessionnaire.

Elle doit être ordonnée prioritairement à l'intérêt des usagers.

Sans doute cette division est-elle artificielle et conduit-elle à des répétitions mais celles-ci permettent de souligner les exigences qu'il faut avoir dans la préparation, la conclusion et l'exécution d'une convention de gestion déléguée.

## **I - UN PARTENARIAT ÉQUILIBRÉ ENTRE CONCÉDANT ET CONCESSIONNAIRE**

Comme pour tout contrat, l'équilibre des droits et des obligations est le principe directeur des conventions de délégation et une condition de leur succès.

### **1.1 - LES OBLIGATIONS DU CONCÉDANT**

Le mot d'obligation est pris ici au sens large et non pas juridique. Il s'entend des exigences auxquelles le concédant doit satisfaire pour assurer le succès d'une gestion déléguée. Certaines de ces exigences peuvent avoir un caractère obligatoire au sens strict, c'est-à-dire avoir pour contrepartie des droits pour le concessionnaire.

Qu'elle participe ou non au financement de l'ouvrage ou du service concédé, l'autorité concédante ne peut s'en remettre totalement au concessionnaire du soin d'exécuter l'ouvrage ou de gérer le service.

Comme l'a jugé le Conseil d'Etat dès 1910, "la concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte ; elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement".

L'autorité concédante a donc la responsabilité éminente du bon fonctionnement de la concession. C'est pourquoi elle a des obligations :

- avant la conclusion de la convention de concession ;
- au cours de l'exécution de la convention.

### **1.1.1 - Les obligations du concédant avant la conclusion de la convention**

- La définition des besoins et d'un projet viable en gestion déléguée

La première obligation du concédant, avant toute conclusion d'une convention, est de bien définir les grandes lignes du projet dont il entend déléguer la réalisation et l'exploitation.

C'est l'objet d'une étude de faisabilité, puis, si elle est concluante, d'un cahier des charges.

L'autorité délégante n'a toutefois plus l'obligation d'assortir la convention d'un cahier des charges-type élaboré par l'Etat. Cette obligation a été supprimée par la loi du 2 mars 1982. Il n'existe plus qu'une faculté d'utiliser ces cahiers des charges-type, dans les secteurs où il en existait, comme de simples modèles ou comme des bases à partir desquelles l'autorité délégante peut adapter les exigences à ses besoins précis.

L'autorité concédante peut faire l'étude de faisabilité et élaborer le cahier des charges soit avec ses seuls moyens, soit en faisant appel à l'assistance de consultants extérieurs.

L'autorité concédante peut aussi se borner à une définition moins précise de ses attentes et faire jouer la concurrence entre les entreprises appelées à faire des offres, y compris pour la conception d'une réponse à ses besoins.

L'étude de faisabilité doit permettre de démontrer la possibilité du projet de générer des recettes suffisantes, sur une durée à déterminer, pour attirer un investisseur par sa rentabilité tout en lui permettant de rembourser les emprunts qu'il aura dû contracter pour financer le projet.

Une collectivité publique qui désire recourir à une gestion déléguée doit aussi faire connaître cette intention par la publication d'un avis. Celui-ci doit préciser les critères qui joueront pour l'attribution de la concession, sans préjudice de la liberté de choix.

### **● Le choix du mode de gestion déléguée**

La collectivité concédante doit choisir entre divers modes de gestion.

Il appartient tout d'abord à l'organe délibérant<sup>11</sup> de choisir entre la gestion directe, d'une part, c'est-à-dire la gestion assurée directement soit par la collectivité elle-même soit par un organisme qui dépend directement d'elle, et la gestion déléguée, d'autre part.

Ce choix est libre mais il doit être éclairé : l'article 40 de la loi "Sapin" du 29 janvier 1993, prescrit qu'il soit fait au vu d'un rapport présenté par l'autorité exécutive de la collectivité.

Si la gestion déléguée est choisie, il reste à opter pour l'une des formes qu'elle peut revêtir.

On peut distinguer deux catégories de contrats de gestion déléguée en fonction de la charge des risques.

Certains sont des modes de gestion "aux risques et périls" de l'exploitant : il s'agit de la concession et de l'affermage.

D'autres modes de gestion sont "à risques partagés" : il s'agit de la régie intéressée et de la gérance.

**La concession** est le mode le plus classique. Il ne sera pas caractérisé de façon plus détaillée à ce stade car les développements qui précèdent, relatifs à la définition de la gestion déléguée, ainsi que la plupart des développements qui suivent se rapportent principalement à lui.

**L'affermage** est adapté à une situation dans laquelle la collectivité est déjà propriétaire des biens immobiliers et d'équipements performants nécessaires à l'exploitation d'un service public mais souhaite déléguer cette exploitation plutôt que de s'en charger elle-même en régie.

Il est fréquent qu'une convention d'affermage suive une concession venue à échéance.

Le délégataire, appelé fermier, n'a pas la charge des travaux de premier établissement, mais le contrat peut prévoir que tout ou partie des travaux

---

11 - et non pas à l'exécutif d'une collectivité territoriale (C.E., 6.01.1995, Ville de Paris) ni au bureau mais au Comité syndical, s'agissant d'un syndicat intercommunal (C.E., 15.06.1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai).

d'entretien, de renouvellement ou d'extension lui incomberont. Dans cette mesure, l'affermage se rapproche de la concession.

L'affermage n'implique pas nécessairement que la totalité des frais de premier établissement soit prise en charge par la collectivité affermante. Celle-ci peut ne prendre en charge que la majeure partie de ces dépenses.

Les traités d'affermage prévoient généralement que la mise des ouvrages à disposition du fermier a pour contrepartie une redevance versée à la collectivité délégante. On l'appelle "surtaxe d'affermage" ou "part communale" ou encore "part syndicale". Elle a pour objet de faire contribuer le fermier à l'amortissement des installations que le délégant a financées.

Pour le reste, les principes et les règles applicables aux concessions le sont aussi aux affermages.

La qualification d'affermage n'est pas entièrement dépourvue de conséquences<sup>12</sup>.

Si, par exemple, en cours d'exécution du contrat le fermier est amené à faire des travaux importants qui incomberaient normalement à l'affermant mais que celui-ci lui confierait, il ne pourrait le faire par avenant. Il devrait conclure à cet effet une convention distincte qui serait une concession. Or, les latitudes de la collectivité pour résilier une convention de gestion déléguée ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de concession ou d'affermage. Le juge administratif ne se reconnaît pas le pouvoir d'annuler une décision de résiliation d'un traité d'affermage alors qu'est recevable à ses yeux le recours d'un concessionnaire contre une telle décision.

**Le marché d'entreprise et de travaux publics** (M.E.T.P.), contrairement à l'affermage et à la concession, ne relève pas de la gestion déléguée. Il porte à la fois sur la réalisation d'un ouvrage public et sur la prestation d'un service public mais il se différencie de la concession de travaux et de services publics en ce que le contractant est rémunéré directement par la collectivité elle-même. Ce type de contrat échappe donc à la catégorie de

---

12 - La spécificité de l'affermage, par Pierre Subra de Bieusses, AJDA n° 9-1996, p. 600 et suivantes.

la gestion déléguée et relève plutôt de celle des marchés publics<sup>13</sup>.

Des collectivités publiques ont joué de cette ambiguïté pour éluder les contraintes du Code des marchés. Le Conseil d'Etat a dénié à des entreprises qui avaient été chargées pendant 10 ans de construire et d'entretenir des lycées la possibilité de se réclamer de la gestion déléguée, au motif qu'elles n'étaient pas chargées de l'exploitation de ces ouvrages.

Bien que son appellation traditionnelle soit trompeuse, **la régie intéressée** n'est pas un mode de gestion directe mais relève bien de la gestion déléguée. Elle a certaines de ses principales caractéristiques tout en se distinguant de la concession et de l'affermage. Le régisseur intéressé est chargé par contrat d'entretenir les relations avec les usagers du service. Le prix de celui-ci est versé par la collectivité et non pas directement par les usagers du service. Cette rémunération comporte une partie fixe et un élément variable lié aux performances. Les risques sont supportés d'abord par la collectivité. Le régisseur tient un compte précis des charges d'exploitation. Sa rémunération les couvre et y ajoute sa marge. Les comptes de la régie sont repris dans ceux de la collectivité. C'est un régime qui ressemble à celui du "cost + fees" appliqué dans des contrats d'exploitation de grandes infrastructures.

La régie intéressée est en général utilisée lorsque la collectivité sait devoir contrôler étroitement un service dont les charges ne peuvent pas être couvertes par les produits mais désire minimiser le solde négatif en recourant au concours d'un régisseur professionnel au lieu de gérer directement le service.

De même, les travaux de premier établissement et de gros entretien incombent en général à la collectivité. Toutefois, il arrive que le régisseur prenne à sa charge des travaux de renouvellement ou de gros entretien, auquel cas cela justifie une durée plus longue du contrat.

Le dernier mode de gestion déléguée est **la gérance**. Il ressemble beau-

---

13 - C.E., 8 février 1999, Préfet des Bouches du Rhône, concl. C. Bergeal, BJ DCP n° 4, p.352

coup à la régie intéressée mais s'en différencie par le mode de calcul de la rémunération. Celle-ci est fixe et n'a pas de relation avec les résultats de l'exploitation.

Cela illustre bien qu'aucun des principaux critères qui permettent d'identifier une gestion déléguée n'est à lui seul indispensable, puisque, comme le Conseil d'Etat l'a jugé, qui dit gestion déléguée dit rémunération substantiellement fonction des résultats de l'exploitation<sup>14</sup>.

Comme on l'a vu, le M.E.T.P. ne relève pas de la gestion déléguée principalement en raison du fait que le prestataire est rémunéré par la collectivité et non par les usagers.

Il n'est pas facile d'expliquer pourquoi ce qui est vrai pour le M.E.T.P. ne l'est pas pour la gérance. L'appartenance de ce mode à la catégorie de la gestion déléguée est d'ailleurs mise en question par certains auteurs<sup>15</sup> et a été déniée par le Conseil d'Etat<sup>16</sup>.

Cela illustre en définitive qu'au-delà du critère lié à la rémunération substantiellement fonction des résultats de l'exploitation (arrêt Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc précité) apparaît le critère aujourd'hui réhabilité du risque d'exploitation : c'est parce qu'une rémunération proportionnelle à la quantité d'eau consommée ne met à la charge du cocontractant aucun risque réel que le Conseil d'Etat l'a assimilée à un prix et a requalifié le contrat en marché assujetti au code des marchés publics.

### ● Le principe de libre choix du concessionnaire

La personne publique qui envisage de déléguer la gestion d'un service public ou la construction et l'exploitation d'un ouvrage public a plus de latitude pour choisir son co-contractant que s'il s'agissait d'un marché public.

---

14 - C.E. Préfet des Bouches-du-Rhône c./Commune de Lambesc, 15 avril 1996.

15 - Exemple : AJDA n° 9-1996, p. 600 et 602.

16 - C.E., 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, concl. Bergeal BJDCP n° 5, p. 456.

Les procédures et les contraintes du Code des marchés publics ne sont pas applicables, pas plus que les directives de l'Union européenne en matière d'achats publics<sup>17</sup> ou de marchés publics de services<sup>18</sup>, à l'exception des directives "travaux" et "secteurs exclus".

Le choix du co-contractant en matière de gestion déléguée est largement conditionné par la durée du lien contractuel qui est nécessairement longue.

A la différence d'un marché public qui a un caractère plus ponctuel, surtout s'il s'agit de marchés de fournitures, la concession lie ses partenaires pendant une longue durée. Elle doit être suffisante pour permettre la réalisation des investissements et leur amortissement économique de manière à ce qu'il ne pèse pas excessivement sur le taux des redevances acquittées par les usagers.

Les concessions de traitement de l'eau ou des déchets sont en général données pour une durée supérieure à 15 ans. Celles des autoroutes sont parfois encore plus longues. A la limite, comme dans les cas du Pont de Normandie ou d'Eurotunnel, la durée de la concession peut atteindre ou dépasser 35 ans.

Il importe donc que l'autorité concédante puisse jouir d'une grande liberté pour choisir un partenaire avec lequel elle ait les meilleures chances d'établir une relation de confiance réciproque et de coopération.

C'est pourquoi la tradition juridique française voulait que le contrat de concession fût conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire que le choix du concessionnaire fût discrétionnaire sans qu'il n'y ait ni à publier le projet de conclure une convention de concession, ni à faire jouer la concurrence pour choisir le co-contractant.

Cette tradition a été bousculée de deux façons : par la mise au jour d'"affaires" et par l'irruption du droit européen.

---

17 - 17 septembre 1990.

18 - 18 juin 1992.

## • Les limites du libre choix

A la faveur du libre choix des concessionnaires, beaucoup de délégations ont été consenties de manière non transparente mais subjective ou intéressée. La mise en évidence de ces pratiques a suscité une réaction qui s'est traduite par des initiatives parlementaires. Dans un domaine qui auparavant ignorait les lois, plusieurs dispositions législatives sont intervenues, qui n'ont pas toutes été induites par la transcription de directives communautaires.

Des dispositions de droit communautaire et national imposent désormais de faire précéder d'une publicité l'attribution d'une concession.

Les directives de l'Union européenne ne distinguent pas clairement les délégations de service public des marchés publics. Des règles applicables à ces derniers, telles qu'elles ont été transposées en droit interne français, s'imposent donc aux conventions de délégation.

Le Conseil d'Etat a annulé le décret accordant la concession à Cofiroute d'un tronçon de l'autoroute A 86 parce qu'elle avait été attribuée sans respecter l'obligation de publicité, en violation du droit européen.

La juridiction administrative avait déjà auparavant annulé, pour la même raison, le contrat de concession du grand Stade de France.

Les obligations de source communautaire sont de publier le projet de délégation au Journal Officiel des Communautés Européennes puis de respecter un délai de réponse de 37 jours francs. Elles ne s'appliquent que si le contrat de travail et de service publics est supérieur à 5 millions d'écus et si, s'agissant d'une régie intéressée ou d'une gérance, le montant des recettes perçues par l'exploitant excède 1,38 M.F. H.T. et le double, soit 2,76 millions de francs H.T. pour les services dits de réseau.

Cette obligation s'étend aux travaux que fait faire le concessionnaire. La dévolution de tels travaux n'obéit pas aux règles de droit interne applicables aux marchés publics puisqu'elle ressortit au droit privé. Pourtant ces travaux sont assimilés par le droit communautaire à des marchés publics. Dès lors que leur montant atteint le seuil d'applicabilité du droit

communautaire, il faut appliquer les procédures de publicité et de mise en concurrence qu'il prévoit.

Les règles communautaires applicables aux délégations de services publics s'imposent dès la date limite prévue par chaque directive pour sa transposition en droit national.

La Cour de Justice a jugé qu'une directive avait un effet direct dès cette date, que l'Etat-membre ait ou non opéré la transposition en droit interne dans le délai prescrit.

C'est ainsi que, par exemple, le Conseil d'Etat a, le 6 février 1998, annulé la délibération de la communauté urbaine de Lyon attribuant à Lyonnaise-Dumez et à Bouygues la concession, dite TEO, du tronçon nord du périphérique de Lyon. Cette délibération était de juin 1991. Une directive<sup>19</sup> imposait l'obligation de publicité lors de la sélection des candidats. Cette obligation n'a pas été respectée. C'est ultérieurement et tardivement, avec la loi du 3 janvier 1991, complétée par un décret du 31 mars 1992 puis par la loi Sapin du 29 janvier 1993, que la directive de 1989 a été transposée en droit interne français. En réalité, cette directive avait un effet direct depuis le 20 juillet 1990.

Toute personne ayant un intérêt pour agir peut se prévaloir de cet effet direct devant une juridiction nationale ou communautaire.

De la même façon, la directive sur les services des secteurs dits "exclus" (eau, énergie, transports, télécommunications) a eu des effets directs dès la date à laquelle elle aurait dû être transposée, à savoir le 1er juillet 1994, alors qu'elle n'a été effectivement transposée en droit interne français que par une loi du 22 janvier 1997.

En deçà des seuils communautaires, s'applique la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi "Sapin", du 29 janvier 1993. La loi Sapin a été

---

19 - Directive n° 71-305 du 26.07.1971, modifiée par la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989.

légèrement modifiée et complétée par une loi de 1995 relative à la lutte contre la corruption<sup>20</sup>.

La législation oblige à une publicité nationale toutes les "délégations de service public" consenties par l'Etat ou les collectivités territoriales.

Cette obligation s'impose en cas de nouveau contrat, de renouvellement d'un contrat venu à échéance et même de réaménagement d'un contrat en cours s'il est si substantiel que l'on peut y voir un nouveau contrat. Une illustration de cette dernière hypothèse a été donnée en août 1998 par le Tribunal administratif à propos de la distribution de l'eau à Grenoble qui a fait l'objet d'un avenant.

Comme le Conseil d'Etat l'a jugé en 1998, donnant raison à la Lyonnaise des eaux contre un syndicat de communes du Bas-Rhin, une collectivité publique qui envisage de déléguer un service public à une autre personne morale de droit public ne peut se dispenser de cette publicité en vertu de la directive "services". La loi Sapin va un peu plus loin : elle oblige les collectivités publiques qui envisagent une délégation de service public à suivre "une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes"<sup>21</sup> .

La collectivité publique doit établir la liste des offres crédibles, c'est-à-dire celles qui émanent de candidats présentant des garanties de compétence professionnelle et de solvabilité financière et capables d'assumer "la continuité du service public et l'égalité des usagers".

La collectivité publique a une autre obligation : elle doit faire connaître à chaque candidat les caractéristiques des services attendus et les conditions de leur tarification aux usagers.

Enfin, si la collectivité publique est une collectivité territoriale, un groupement de telles collectivités ou un établissement public de telles collectivités ou groupements, elle doit constituer une commission d'ouverture

---

20 - Loi n° 95-127 du 8 février 1995.

21 - Article 38.

des plis. On l'appelle Commission de délégation de service public. Son rôle est de formuler un avis sur les candidats et d'analyser leurs offres.

Dans les communes de moins de 3 500 habitants, la Commission est composée du maire ou de son représentant et de trois membres du Conseil municipal élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Le comptable de la collectivité et un représentant de la Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes y siègent avec voix consultative.

Dans les autres collectivités, la Commission est composée du président de l'exécutif ou de son représentant, ainsi que de cinq membres de l'assemblée délibérante, élus en son sein, à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Ces diverses dispositions consacrent un principe d'égalité d'accès aux délégations de services publics.

Cela étant, la loi reconnaît explicitement que la collectivité est libre de négocier avec les candidats inscrits sur la liste des offres crédibles ainsi que de choisir son co-contractant. L'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 spécifie bien que les offres " sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire " .

En résumé et en théorie, la collectivité publique concédante doit informer de son intention de déléguer une mission de service public, analyser les différentes offres reçues et motiver le choix de celle qu'elle retient mais elle demeure en principe libre de ce choix. Autrement dit, la loi Sapin n'a pas remis en cause le principe de libre choix. Une collectivité qui entend déléguer la construction et l'exploitation d'un ouvrage ou la concession d'un service public est dans une situation comparable à un particulier qui serait tenu, avant de commander un travail à un artisan, de demander et comparer un certain nombre de devis.

Le choix *intuitu personae* n'est nullement exclusif de la concurrence puisqu'il est fait après comparaison des offres et des éléments qui peuvent fonder la confiance dans le co-contractant.

En réalité, la liberté de choix n'est souvent que relative.

Elle est en pratique limitée par le nombre parfois restreint des candidats potentiels, détenteurs du savoir-faire nécessaire, eu égard à l'importance de l'enjeu ou à la technicité nécessaire.

Elle l'est d'autant plus, en France, que les principaux groupes opérateurs ont intégré des fonctions d'étude, de conception, de construction, de financement et d'exploitation et ont tellement diversifié leurs secteurs d'intervention qu'il est difficile pour les collectivités publiques d'échapper à des offres liées de la part de ces groupes.

La liberté de choix du délégataire est aussi restreinte, désormais, par la difficulté de motiver sans risque contentieux le rejet d'un candidat qui n'avait pas la préférence du concédant en termes d'intuitu personae mais qui a offert les conditions les plus avantageuses pour la collectivité concédante.

Enfin, la liberté de choix est limitée par un principe jurisprudentiel dégagé par le Conseil d'État : si une collectivité publique décide de lancer un appel d'offres pour sélectionner un concessionnaire, elle s'oblige à respecter les règles applicables aux appels d'offres. Il ne lui est plus possible d'y contrevenir sous prétexte d'intuitus personae. Autrement dit, elle est tenue par des règles qu'elle s'est imposé d'appliquer, alors même que ces règles ne lui sont pas imposées par la législation<sup>22</sup>.

### **1.1.2 - Les obligations du concédant quant au contenu de la convention**

Dans toute convention de concession, l'autorité concédante doit assurer la préservation de ses intérêts. Elle doit veiller à ce que la convention soit équilibrée pour être viable dans la durée.

Trop déséquilibrée au profit du concessionnaire, elle risquerait d'être annulée comme contraire aux intérêts de la collectivité.

C'est ce mobile qui a fait se pourvoir devant la juridiction administrative contre la délibération par laquelle la communauté urbaine de Lyon avait

---

22 - C.E. Commune de Bagnols-sur-Cèze c./ s.a.r.l. Alpha Ambulances. 21.09.1992.

attribué au consortium Lyonnaise-Dumez et Bouygues la concession du tronçon nord du périphérique de Lyon. Certes, le fondement juridique de son annulation a été le non-respect de la directive européenne de 1989 prescrivant une obligation de publicité lors de la sélection des candidats à une concession, mais ce n'est pas ce vice de procédure qui contrariait les contribuables ou les automobilistes lyonnais ; c'est le caractère à leurs yeux excessivement déséquilibré et défavorable de la convention de concession dite TEO.

Inversement, si la convention est trop déséquilibrée au profit du concédant, elle ne sera pas viable pour le concessionnaire et l'utilisateur ne tardera pas à se trouver contraint d'assumer les conséquences financières de ses décisions tarifaires.

Il est essentiel à toute gestion déléguée que l'activité du concessionnaire dégage un minimum de profit, au moins sur l'ensemble de la durée de la convention. La marge doit être libre et comprise dans le prix que l'autorité délégante contrôle. A défaut, le délégataire qui exploite à ses risques et périls serait découragé de réaliser des gains de productivité et de développer la recherche-développement. C'est seulement en cas de partage des risques que devrait être concevable un partage de la marge.

Pour assurer cet indispensable équilibre, l'autorité concédante doit se ménager la possibilité de contrôler l'exécution du contrat et, en particulier, les prix et la qualité.

L'autorité concédante doit conserver la maîtrise du prix que vont payer les usagers de l'ouvrage ou du service public.

Quel que soit le mode de fixation de ce prix, par voie de réglementation ou de négociation, le concédant ne doit pas renoncer à contrôler le montant des redevances perçues par le concessionnaire ainsi que leur évolution.

De toute façon, les clauses tarifaires, ayant un caractère réglementaire, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>23</sup>. Tel pourrait

---

23 - C.E., 10.07.1996, Cayzelle.

être le cas, par exemple, si les tarifs faisaient supporter par les usagers des charges étrangères à l'objet de la convention<sup>24</sup> ou s'ils ne trouvaient pas leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service<sup>25</sup>.

Cette maîtrise du prix final du service est l'un des points par lesquels la gestion déléguée se distingue de la privatisation, laquelle comporte un abandon de souveraineté. Sauf à rétablir un contrôle des prix par une agence publique comme en Grande-Bretagne, l'Etat qui cède la propriété d'une infrastructure ou d'un service en réseau n'a normalement plus son mot à dire sur les tarifs d'usage de celle-ci, à moins que son intervention ne soit justifiée par la situation de monopole dans laquelle peut se trouver l'exploitant.

### **1.1.3 - Les obligations du concédant au cours de l'exécution de la convention**

Il revient à la collectivité concédante d'assumer certains risques du contrat.

On reviendra plus loin sur les risques imprévisibles qui peuvent bouleverser son économie.

S'agissant des risques normalement prévisibles, le principe est que chacun d'eux est pris par celui des deux partenaires qui est le mieux placé pour le minimiser ou le prévenir.

C'est donc l'autorité concédante qui doit prendre le risque "réglementaire", qu'il résulte de son propre fait, ce que le Conseil d'Etat a appelé le "fait du prince", ou de modifications des contraintes légales ou réglementaires au sens juridique de ce dernier terme.

Ce sont là des cas de responsabilité sans faute de la collectivité concédante ou d'une autre autorité publique. Il doit être établi qu'une mesure prise par une collectivité publique dans l'exercice normal de ses pouvoirs

---

24 - C.E., 30.10.1996, Mme Wajs et M. Monnier.

25 - C.E., 30 septembre 1996, Société Stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Etienne, Leb. P. 355).

et dans un domaine étranger au contrat porte atteinte à un élément essentiel du contrat et qu'il en résulte un préjudice certain.

Bien entendu, une collectivité publique ne peut pas cesser d'exercer ses prérogatives ni être contrainte à ne pas modifier sa réglementation parce que cela pourrait déséquilibrer les conditions d'un contrat. Mais si elle le fait, il est normal qu'elle indemnise son co-contractant.

Des cas de responsabilité sans faute, on peut distinguer ceux dans lesquels une faute peut être établie.

Tel serait le cas, par exemple, si un maire compromettait la rentabilité d'un parc de stationnement concédé par un défaut d'application de son arrêté interdisant le stationnement sur les trottoirs voisins ; il reviendrait alors à la Ville de rééquilibrer les conditions du contrat. L'opérateur aurait droit à une juste compensation.

De même, si un concessionnaire d'autoroute a fondé le montant des péages sur de bonnes études du trafic prévisionnel et si l'autorité concédante modifie ensuite de façon substantielle le trafic par la création de voies alternatives, elle doit prévoir une compensation pour l'opérateur.

Le risque financier, on le verra, incombe d'abord au concessionnaire. Le concédant peut être amené à le partager lorsque l'économie du contrat est bouleversée pour le concessionnaire par suite d'aléas économiques imprévisibles.

En outre, le concédant peut encourir une responsabilité financière en cas d'insolvabilité de son co-contractant.

## **1.2 - LES OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE**

1.2.1 - La principale obligation du concessionnaire est de réaliser les prestations et performances prescrits par le cahier des charges et auxquelles il s'est donc engagé.

S'agissant d'un service public, la prestation doit être assurée avec continuité. C'est une caractéristique de la gestion déléguée que le caractère stable et

durable de la relation contractuelle avec la collectivité publique. Cela la différencie d'une simple prestation non répétitive mais ponctuelle telle que celle qui s'effectue dans le cadre d'un marché public.

En cas de manquement à ces obligations, le concédant peut rappeler le concessionnaire à son respect et, ensuite, soit renégocier les termes de la convention, soit poursuivre le concessionnaire en dédommagement.

Le non-respect d'objectifs fixés par le cahier des charges peut être sanctionné financièrement dans les conditions prévues par la convention.

En 1997, à titre d'exemple, le district de Bayonne-Anglet-Biarritz a transigé avec une filiale de la Lyonnaise des eaux qui n'avait pas pu suivre les normes contractuelles de traitement de déchets urbains. Il a obtenu une indemnité à titre de dédommagement pour les insuffisances de conception et de construction de l'usine de traitement.

1.2.2 - En vertu du principe selon lequel chaque risque incombe à celui des deux partenaires qui peut le mieux le contrôler, il revient au concessionnaire d'assumer les risques normalement inhérents à l'exploitation du service ou à la construction de l'ouvrage et à son exploitation. Celle-ci s'opère "aux risques et périls du concessionnaire" ou, autrement dit, "à ses frais et risques".

Il s'agit là d'un important critère d'identification d'une gestion déléguée. Une convention qui couvrirait l'exploitant contre tout risque ou même l'essentiel des risques d'ordre financier, économique ou technique et l'exonérerait de responsabilité vis-à-vis des usagers en cas de mauvais fonctionnement du service ne pourrait pas être qualifiée comme relevant de la gestion déléguée.

La réforme qui est en cours au sujet des concessions des aéroports de province par l'Etat aux chambres de commerce va rapprocher le régime de ces concessions de la gestion déléguée classique. Jusqu'ici ces concessions étaient accordées avec garantie de ressources. L'Etat reprenait aussi bien le passif que l'actif. Désormais il ne reprendra que l'actif car le concessionnaire opérera à ses risques et périls.

C'est donc la responsabilité du concessionnaire qui doit être mise en cause en cas de mauvais fonctionnement de la concession ou de dommage causé par son exploitation.

Il ne peut être dérogé à ce principe que si le cahier des charges en prévoit le principe et les conditions, si une faute du concédant est la cause du dommage ou du dysfonctionnement, ou encore si le concessionnaire est insolvable.

Dans ces cas, c'est la responsabilité du concédant qui peut être mise en cause.

1.2.3 - Bien que le délégataire n'ait pas la propriété des terrains et ouvrages nécessaires à l'exploitation d'un service public, puisque la collectivité délégante en a la propriété éminente, le délégataire a les obligations d'un propriétaire : il lui incombe de les immobiliser s'il en a supporté le coût, de les renouveler et entretenir et, de manière générale, d'exercer les droits et obligations d'un propriétaire.

1.2.4 - Le concessionnaire a l'obligation de se conformer aux modifications de la convention que le concédant peut lui imposer de façon unilatérale.

De plus, en vertu d'un principe de mutabilité des contrats, le concédant et le concessionnaire peuvent à tout moment réexaminer les conditions de fonctionnement de la concession en vue de l'adapter aux besoins.

1.2.5 - Le concessionnaire ne peut pas librement céder sa concession. Il doit obtenir l'accord du concédant pour céder son contrat à un tiers<sup>26</sup>. C'est une conséquence logique de l'intuitus personae. Totale ou partielle, une cession non autorisée est nulle et inopposable au concédant. Elle peut même entraîner l'application d'une sanction pour faute. Le concédant peut aussi faire prononcer par le juge la déchéance du concessionnaire. Toutefois, le concédant ne peut refuser son agrément que pour un motif d'intérêt du service<sup>27</sup>.

---

26 - C.E., 20 janvier 1905, Compagnie Départementale des Eaux, S. 1907, 3, 9, concl. Romieu.

27 - C.E., 5 juillet 1935, Commune de Reuilly, p. 771.S. 1935, 3, 121, note Alibert.

Les modifications, même substantielles, affectant le capital social de la société concessionnaire, ne sont pas assimilables à une cession de contrat dans la mesure où la personne juridique du titulaire reste inchangée. De tels changements n'exigent un accord préalable que si celui-ci est requis par le contrat. A défaut, la société concédante peut résilier le contrat si elle estime que les conditions qui avaient justifié l'octroi de la concession au titulaire ne sont plus satisfaites<sup>28</sup>.

L'obligation de mise en concurrence préalablement à l'attribution d'une délégation de service public, introduite par l'article 38 de la loi Sapin du 29 janvier 1993, conduit aujourd'hui la doctrine universitaire et administrative à s'interroger sur la pérennité de cette faculté de cession du contrat avec la simple autorisation du concédant sans mise en concurrence préalable. Un récent avis du Conseil d'Etat non encore publié a toutefois réitéré et précisé l'état du droit tel que relaté ci-dessus, confirmant également la jurisprudence Téléphérique du Mont-Blanc.

### **1.3 - LES DROITS DU CONCÉDANT ET DU CONCESSIONNAIRE**

Les droits respectifs des partenaires peuvent être examinés plus rapidement car la plupart se déduisent pour chacun des obligations de l'autre. Certains points méritent toutefois d'être précisés.

#### **● Les droits de l'autorité concédante**

1- Le concédant a le droit de propriété éminente sur les "biens de concession", c'est-à-dire sur les ouvrages ou équipements réalisés ou acquis par le concessionnaire, dès leur achèvement ou leur acquisition et sans déboursier. Cela vaut aussi pour les "biens de retour", qui appartenaient déjà à l'autorité concédante et qui ont été mis par elle à la disposition du concessionnaire.

---

28 - C.E., 31 juillet 1996, Société des Téléphériques du Massif du Mont-Blanc, p. 334 ; CAA Nancy, 7 janvier 1999, req. N° 96NC02647 après renvoi du précédent.

En fin de contrat, le retour au concédant des biens mobiliers et immobiliers qui ont servi à la concession est systématique et gratuit. Tous les équipements nécessaires à l'exécution d'un service public délégué financés par l'opérateur délégataire deviennent la propriété de la collectivité délégante. Le contrat prévoit souvent que le concessionnaire doit les laisser en bon état de marche.

Des "biens propres" peuvent échapper à ce transfert et demeurer la propriété du délégataire, contrairement aux "biens de reprise", mais il faut qu'ils aient été spécifiés dans la convention.

Quant à la propriété foncière, elle fait généralement partie du domaine public. Elle est donc inaliénable. Elle ne peut pas être transférée au concessionnaire. Seule la gestion peut lui en être confiée, soit par un bail, au besoin emphytéotique, soit par une autorisation d'occupation temporaire.

Même en cas de bail emphytéotique la propriété du terrain reste celle de la collectivité concédante alors que le délégataire est, jusqu'à l'expiration du bail, seul propriétaire des ouvrages édifiés. Cela lui permet de les céder à un crédit-bailleur.

2- L'autorité concédante a le droit de résilier unilatéralement la concession en vue de reprendre en régie l'exploitation du service ou de l'ouvrage public. Une telle résiliation entraîne indemnisation du concessionnaire et rachat des ouvrages s'ils n'ont pas encore pu être amortis.

3- Il n'y a, en principe, pas de droit de l'autorité concédante à des versements du concessionnaire. C'est seulement une possibilité contractuelle.

Lorsque c'est justifié dans le texte de la convention, le concessionnaire paye une redevance au concédant. Cette possibilité est encadrée par la loi Sapin du 29 janvier 1993. Il peut, par exemple, être prévu de transférer au délégataire la charge de rembourser les annuités d'emprunts contractés par la collectivité pour financer des équipements qu'elle met à la disposition du délégataire.

Sous la même réserve, il peut y avoir lieu à paiement d'un droit d'entrée, sauf lorsque la loi l'a interdit. C'est le cas, en vertu de la loi Barnier, de

février 1995, pour l'attribution de concessions relatives à la distribution de l'eau, à l'assainissement et aux ordures et déchets<sup>29</sup>.

La collectivité concédante peut percevoir une redevance pour occupation du domaine public si les conditions en sont réunies. Le juge peut être appelé à vérifier qu'il n'est pas perçu de droit d'entrée par ce biais.

En Californie, le contrat par lequel l'État a délégué à un consortium mené par Cofiroute la construction, le financement et l'exploitation d'une autoroute à péage prévoit un système original de perception de recettes par le concédant. Celui-ci ayant fixé un taux de rentabilité "raisonnable", sans être pour autant garanti malgré la liberté du concessionnaire pour la fixation des péages, ne peut conserver ce qui, le cas échéant, excède ce taux. Il doit le reverser au concédant.

#### ● Les droits du concessionnaire

1- Le plus important de ces droits, si on les considère sous l'angle des conditions de réussite d'une concession, est le droit du concessionnaire à l'équilibre financier du contrat.

Même si l'exploitation d'un service en concession est faite aux risques et périls du concessionnaire, celui-ci ne doit pas être exposé à des aléas insupportables.

Exploitation structurellement déficitaire et continuité du service public sont incompatibles.

C'est la loi, plus précisément le Code des communes, qui oblige les municipalités à s'assurer que les budgets de leurs établissements publics à caractère industriel et commercial soient équilibrés, de sorte qu'elles n'aient pas à assumer un éventuel déficit.

Pour ce qui concerne les concessions, ce n'est pas la loi mais une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat qui consacre le principe de l'équilibre financier du contrat.

Si, du fait d'un événement extérieur aux parties, un risque qui n'était pas

---

29 - Sur les droits d'entrée, cf. AJDA n° 9-1996, p. 631 et suivantes.

normalement prévisible au moment de la signature de la convention vient en bouleverser l'économie, l'autorité concédante doit en supporter les conséquences.

C'est la théorie dite de l'imprévision. Elle a inspiré dans les conventions de délégation des clauses prévoyant les conditions et modalités de leur adaptation en cas d'aléas ou de modification du contexte réglementaire ou économique. Les grandes sociétés distributrices d'eau ont coutume de les appeler "clauses de paysage".

2- Le concessionnaire a droit à une durée de contrat qui lui garantisse, en fonction de la durée des amortissements, de couvrir à la fois ses dépenses d'investissements et d'exploitation, tout en lui assurant une marge bénéficiaire.

La durée de la concession n'est pas seulement avantageuse pour le concessionnaire. Elle l'est aussi pour la collectivité concédante qui peut s'affranchir de contraintes telles que celle de l'annualité budgétaire. Lorsqu'elle constitue une alternative possible à un marché public, la concession permet aussi de s'affranchir de la limitation à 3 ans des marchés à bons de commande.

La durée des concessions est en général de 10 à 30 ans. Elle n'est pas déterminée de façon complètement libre. Elle n'est réglementée que depuis peu et uniquement pour ce qui concerne les prolongations.

La durée de ces conventions doit toujours être limitée dans le temps de façon précise. L'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 pose le principe selon lequel la détermination de la durée des conventions de délégation de service public est fonction des prestations demandées au délégataire. Ainsi, lorsque les installations sont à la charge de celui-ci, la durée de la convention tient compte de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, sans pouvoir dépasser la durée normale d'amortissement des installations en cause.

Si le délégataire doit, à la demande de la collectivité, réaliser des investissements matériels qui n'étaient pas prévus au départ, il peut obtenir une prolongation dans la limite d'un an.

Cette possibilité est subordonnée à plusieurs conditions : les travaux additionnels demandés doivent être de nature à modifier l'économie générale de la convention ; ils ne doivent pas pouvoir être amortis pendant la durée de la convention restant à courir ; seuls sont à prendre en compte des motifs d'intérêt général.

La durée de certaines concessions a été déterminée de façon plus précise par la loi dite Barnier, de février 1995 : en matière de distribution d'eau, d'assainissement, d'ordures ménagères et d'autres déchets, elle ne peut excéder vingt ans.

Néanmoins, elle peut être prolongée d'un an à condition d'avoir fait vérifier par le trésorier payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justifications du dépassement, seuls les motifs d'intérêt général pouvant être retenus.

Il appartient au juge, s'il y a litige, d'apprécier si cette durée est normale eu égard à l'objet et au contenu du contrat.

Si la durée du contrat est ainsi en rapport avec les prix dans une concession, il n'en est pas nécessairement de même dans un affermage. On observe d'ailleurs que beaucoup de contrats d'affermage dans la distribution de l'eau sont conclus pour une durée de 8 à 12 ans, c'est-à-dire volontairement limitée et sensiblement inférieure à la durée maximale fixée par la loi Sapin.

Enfin, depuis cette loi, les clauses de renouvellement tacite sont illégales et nulles de plein droit.

3- Le concessionnaire a droit à l'exclusivité de l'exploitation, sous la réserve qu'il ne peut être protégé contre l'innovation technologique, le principe de mutabilité du service public l'obligeant à suivre cette innovation.

De plus, l'application du droit de la concurrence aux conventions de concession<sup>30</sup> pourrait conduire à fragiliser l'exclusivité inhérente à ce mode de gestion du fait qu'un concessionnaire peut être considéré

---

30 - Cf. infra.

comme jouissant d'une position dominante, que les marchés pertinents sont définis étroitement et que l'exclusivité au profit d'une entreprise en position dominante est classiquement considérée comme un abus de position dominante.

4- Le concessionnaire a droit à une indemnité lorsqu'il est mis fin à la concession avant que les biens soient entièrement amortis. Ce droit est reconnu même si la résiliation anticipée du contrat est prononcée pour faute du concessionnaire.

Si une concession de travaux et de service publics est résiliée après l'achèvement des ouvrages mais en début ou en cours d'exploitation, le concessionnaire a droit au rachat de ces ouvrages par le concédant.

C'est, par exemple, ce qui a été fait à Lyon après que le Conseil de la communauté urbaine (Courly) eût résilié la concession du consortium Lyonnaise-Dumez-Bouygues pour le tronçon TEO du périphérique.

5- Le concessionnaire peut être investi de prérogatives de puissance publique. C'est dans la logique de la délégation et de l'autonomie de gestion que doit avoir le délégataire.

A titre d'exemples, le concessionnaire peut recevoir le droit d'exproprier ou de préempter.

La municipalité de Lisbonne a même donné au concessionnaire de l'Exposition universelle de 1998 le droit de délivrer des permis de construire sur l'aire concédée. Les aéroports français concessionnaires de l'Etat, ont le pouvoir de délivrer des autorisations d'occupation temporaire du domaine public.

Un tel transfert n'implique pas toujours que la collectivité concédante se départisse de ses prérogatives de puissance publique.

## **II - LA PLACE CENTRALE DES USAGERS DANS LA GESTION DÉLÉGUÉE**

Le partenariat qui caractérise la gestion déléguée n'est pas seulement bilatéral. Il est triangulaire. Outre le concédant et le concessionnaire, un troisième acteur joue un rôle central : l'utilisateur de l'ouvrage ou du service public en est le bénéficiaire mais aussi le principal financeur.

### **2.1 - LA GESTION DÉLÉGUÉE DOIT RÉPONDRE PRINCIPALEMENT A L'INTÉRÊT DES USAGERS**

L'utilisateur est au coeur de la gestion déléguée.

On a vu que l'une des motivations des collectivités publiques pour recourir à la gestion déléguée est la recherche de la plus grande efficacité pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt collectif, ouvrage ou service public.

Selon les résultats d'un sondage BVA de 1997, les Français ont une image très positive de la gestion déléguée des services collectifs malgré la suspicion dont elle est l'objet de la part des autorités juridictionnelles et de la presse : 83 % des Français pensent que les services collectifs sont efficacement gérés ; 55 % sont favorables à leur gestion déléguée ; 62 % reconnaissent la compétence des entreprises délégataires ; 55 % les trouvent efficaces.

L'existence d'un lien contractuel entre l'exploitant de l'ouvrage ou du service et l'utilisateur est l'une des caractéristiques les plus constantes de la gestion déléguée.

Cela permet de contrôler que le contrat ne comporte pas de clauses arbitraires ou abusives. Une directive communautaire du 5 avril 1993 a interdit ces dernières.

C'est aussi l'intérêt des utilisateurs qui inspire les grands principes applicables aux services publics.

Si c'est un service public qui est l'objet de la concession, le concessionnaire a l'obligation de l'assurer de façon constante.

C'est l'application du principe de continuité des services publics.

Le cahier des charges peut imposer les modalités de cette application, par exemple par des obligations de service minimum en cas d'interruption forcée, y compris du fait d'une grève.

Le principe d'égalité devant le service public implique que tous les usagers qui se trouvent dans une même situation doivent payer le même prix, la même redevance, sans discrimination.

C'est encore dans l'intérêt des usagers que les délégataires de services publics doivent respecter un principe de transparence. Les usagers souhaitent pouvoir connaître les péages ou redevances ainsi que leurs assiettes ou bases de calcul. Cela leur permet de faire des comparaisons et de mieux s'assurer que ce qui leur est demandé n'est pas fixé arbitrairement mais en fonction de critères objectifs tels que la relation avec les coûts.

La qualité de cette information conditionne aussi la possibilité de contestations ou de recours.

Dans l'intérêt des usagers les dispositions de l'article L 2143.4 du Code général des collectivités territoriales prévoient la création, dans les communes de plus de 3 500 habitants d'une Commission consultative des services publics locaux . Les établissements publics de coopération intercommunale ont la même obligation dès lors qu'ils comprennent au moins une commune de plus de 3 500 habitants. Cette instance est présidée par le maire ou le président de l'établissement intercommunal. Elle comprend des représentants d'associations d'usagers. Le rôle de cette commission est de permettre aux usagers des services publics locaux de donner un avis si la collectivité use de la faculté de le demander. Une telle consultation peut porter, par exemple, sur un projet de convention ou sur des conditions d'exécution d'une convention.

Enfin, c'est encore le souci de sauvegarder les intérêts des usagers qui a inspiré deux autres caractéristiques de la gestion déléguée qui méritent des développements particuliers : d'une part, sa souplesse et sa capacité d'adaptation à l'évolution du besoin à satisfaire ; d'autre part, l'importance des contrôles dont la gestion déléguée fait l'objet.

### 2.1.1 - La souplesse du contrat

Les concessions de service public obéissent au principe de mutabilité, corollaire du principe de continuité. Selon ce principe, les concessions doivent s'adapter à l'évolution des besoins des usagers. Les cahiers des charges peuvent donc et même doivent suivre sinon précéder ces besoins. Le concédant a le droit d'adapter les obligations du concessionnaire pour répondre à de nouveaux besoins<sup>31</sup>.

La souplesse du contrat s'impose aussi du fait de sa durée, souvent de 20 ans, c'est-à-dire une période trop longue pour qu'il soit possible de prévoir tous les aléas et toutes les modifications susceptibles d'affecter l'environnement du contrat. Les taux d'intérêt des emprunts peuvent varier profondément ; le trafic d'une autoroute peut chuter ; les attentes des usagers peuvent évoluer.

L'adaptabilité de la convention est donc indispensable au maintien de l'équilibre qui, pendant toute la durée du contrat, conditionne son application, celle-ci devant être durablement satisfaisante pour les deux parties contractantes.

Le contrat doit notamment pouvoir évoluer dans les cas de grave déséquilibre financier et de profits excessifs.

La survenance d'un déséquilibre financier chez le concessionnaire ne justifie la révision de la convention que si ce déséquilibre est durable. Il n'y a en principe pas lieu d'y remédier lorsqu'il se manifeste seulement au cours des premières années d'exploitation car il est alors normal que le coût des investissements initiaux ne soit pas couvert par les premières recettes d'exploitation.

En revanche, un déficit structurel serait préjudiciable aux usagers puisqu'il contraindrait à l'interruption du service rendu par le concessionnaire. De plus, il est fréquent que dans cette hypothèse le contribuable soit appelé à supporter des surcoûts liés à la reprise de ce service selon de nouvelles modalités.

Un exemple en a été donné à Lyon après l'annulation de la concession à un consortium privé de la construction et de l'exploitation du tronçon TEO du périphérique, même si en l'occurrence cette annulation n'a pas été causée par un déficit structurel.

C'est encore l'intérêt des usagers qui commande d'éviter la situation inverse, dans laquelle le concessionnaire dégagerait de l'exploitation des superprofits excessifs. Faute d'abaissement des tarifs ou d'autres contreparties, consentis de manière spontanée ou négociée, les usagers seraient enclins à demander la résiliation du contrat.

Bien entendu, seul devrait motiver une telle résiliation un profit largement ou très durablement supérieur à celui qui correspond à une rentabilité moyenne satisfaisante sur la longue période de la concession. Il est en effet normal qu'une bonne rentabilité dans les dernières années de la convention, après l'amortissement des investissements, compense les déficits des premières années.

Dans ces différents cas de déficit ou de superprofits durables, le partenariat conduit à partager entre le concédant et le concessionnaire soit le risque, soit l'opportunité.

On l'a vu, il y a partage des risques "normaux" et prévisibles entre le concédant et le concessionnaire en fonction de la nature de ces risques. Les risques imprévisibles, quant à eux, donnent lieu à l'application de ce que le droit administratif français appelle la théorie de l'imprévision.

C'est une bonne illustration de ce que la souplesse de la concession "à la française" doit au caractère jurisprudentiel de sa conception.

Lorsqu'une cause extérieure et de force majeure bouleverse l'économie du contrat de concession, l'exigence de continuité du service justifie que son équilibre soit rétabli par une compensation de la part de la collectivité concédante.

Les circonstances que le juge prend en considération sont seulement celles qui, d'une part, sont indépendantes de la volonté du concessionnaire et, d'autre part, étaient imprévisibles au moment de la conclusion du contrat.

On entend par bouleversement de l'économie du contrat la situation dans laquelle il devient déficitaire sans que pour autant son exécution soit rendue impossible. C'est le principe de continuité du service public qui inspire la théorie de l'imprévision. Il s'agit de mettre le concessionnaire en état de continuer l'exécution du service conformément à son obligation. Il n'est pas question de l'y obliger si l'exécution est rendue impossible. A l'impossible nul n'est tenu.

Dans la pratique, l'inclusion de clauses de variation des prix dans les contrats de concession a pour conséquence que la théorie de l'imprévision trouve moins à s'appliquer que par le passé.

Cette malléabilité des conventions de concession a beaucoup d'avantages mais elle a l'inconvénient, aux yeux de certains, de l'insécurité juridique.

### **2.1.2 - Les contrôles**

L'importance des contrôles auxquels sont soumises les conventions de gestion déléguée témoigne du souci de protéger les intérêts des usagers à travers ceux de la collectivité publique concédante.

De plus, il est normal que le concessionnaire soit confronté à des contre-pouvoirs parce qu'il est généralement en situation d'exclusivité et parce qu'il est délégataire de prérogatives de puissance publique.

L'un des objectifs de la loi Sapin et de la loi du 8 février 1995 qui l'a amendée a été d'accroître la transparence vis-à-vis de la collectivité concédante et des usagers du service délégué.

Le contrôle revêt un double aspect : interne à la convention, d'une part, et externe, d'autre part.

Le contrôle interne est celui du concédant. Selon un adage classique, "le concessionnaire gère, l'administration contrôle". L'autorité concédante est comptable vis-à-vis des usagers du bon fonctionnement du service.

Le délégataire, c'est-à-dire le concessionnaire, doit pour cela produire avant le 1er juin au concédant et aux usagers un rapport annuel sur les comptes et sur la qualité du service. Cela a été imposé par l'article 40-1

de la loi du 29 janvier 1993, pour ce qui concerne la collectivité concédante<sup>32</sup> et par la loi du 8 février 1995 pour ce qui concerne les usagers dans les communes de plus de 3500 habitants<sup>33</sup>.

La collectivité concédante a le droit de contrôler les comptes du concessionnaire.

Dans la pratique les plus petites collectivités éprouvent quelque difficulté à faire le poids face à de puissants cocontractants. Elles peuvent trouver de l'assistance auprès d'organismes tels que Service public 2000 mais elles estiment que des progrès restent à faire pour mieux équilibrer les rapports de force contractuels, notamment au stade du contrôle.

Le contrôle externe, plus important, est extrêmement diversifié, pour ne pas dire foisonnant, ce qui justifie de plus longs développements.

Outre le contrôle de légalité que le préfet peut exercer sur les conventions de délégation de service public comme sur toute convention conclue par une collectivité locale, divers contrôles sont applicables, dont certains sont de caractère contentieux.

Une loi du 6 février 1992 a rendu obligatoire dans les communes de plus de 3 500 habitants la constitution de Commissions consultatives présidées par le maire et comprenant des représentants d'associations d'usagers.

Le principal contrôle contentieux est fait par les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et, en cassation, le Conseil d'Etat.

La juridiction administrative peut connaître des contestations relatives à la passation et à l'exécution des conventions de délégation de service public de plusieurs façons.

Le recours classique pour excès de pouvoir peut être intenté devant le tribunal administratif.

Le respect des règles de transparence et de mise en concurrence est égale-

---

32 - Article L.1411-3 du Code général des collectivités territoriales.

33 - Nouvel article 212-14-7e) du Code des communes.

ment assuré par la juridiction administrative. Elle peut annuler la délibération d'une collectivité locale qui délègue un ouvrage ou un service public sans avoir rempli les obligations de la loi Sapin ou celles qui résultent de directives communautaires. Le Conseil d'Etat a annulé, pour cette raison, celle par laquelle la Communauté urbaine de Lyon avait attribué la concession du périphérique TEO. Le Tribunal administratif de Nice a annulé pour le même motif une délibération de la Ville de Menton concédant la construction et l'exploitation d'une station d'épuration.

Bien que tiers au contrat conclu entre la collectivité concédante et le concessionnaire, l'usager a de larges possibilités de faire contrôler par le juge l'exécution de services qu'il paye.

Il peut saisir le juge administratif aux fins :

- de faire annuler comme acte détachable du contrat une décision administrative d'approbation d'un cahier des charges,
- de faire annuler des clauses réglementaires<sup>34</sup>,
- de faire vérifier que le contrat ne met pas à la charge du délégataire, et donc indirectement de l'usager, des charges qui sont étrangères à l'objet du service<sup>35</sup>,
- de faire vérifier que la redevance de l'usager correspond aux coûts réels des prestations fournies<sup>36</sup>, qu'il s'agisse ou non d'un service de type industriel ou commercial.

Outre ces compétences de la juridiction administrative, le président du tribunal administratif peut statuer en référé sur la demande d'une personne pouvant faire valoir un intérêt à agir ou du préfet, en application de l'article L.22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Le président peut enjoindre de suspendre la passation de la convention, annuler une décision ou une clause illégale. Il y a là un

34 - C.E., Ass. 10.07.1996, Cayzeele.

35 - C.E., 30 sept. 1996, Sté Stéphanoise des Eaux.

36 - C.E., 9 avril 1997, Commune de Montgeron.

point commun au régime des délégations de service public et à celui qui est applicable aux marchés publics.

Indépendamment de cette procédure spécifique, dite du "référé précontractuel", le juge administratif a toujours la possibilité d'enjoindre à une personne publique de prendre les mesures qui découlent nécessairement de sa décision juridictionnelle<sup>37</sup>. Ce pouvoir d'injonction est renforcé par celui de prononcer des astreintes.

Comme le juge administratif, le juge judiciaire est appelé à intervenir. A la différence des services publics à caractère administratif, qui n'obéissent qu'à des règles de droit public en ce qui concerne aussi bien leur organisation que leur fonctionnement, les services publics à caractère industriel et commercial sont régis par le droit public, pour ce qui concerne leur organisation, mais à des règles de droit privé, pour ce qui concerne leur fonctionnement.

Ainsi, par exemple, c'est le juge judiciaire qui veille à ce que l'utilisateur ne supporte pas la charge de tarifs excessifs au regard des coûts.

La Cour de Cassation a jugé, à propos du service d'assainissement concédé par la Ville de Mazamet à une filiale de Bouygues, que les usagers n'avaient pas à payer l'intégralité d'un tarif fixé en fonction d'engagements portant sur des investissements si ces engagements n'avaient pas été exécutés. Peu importe que ce défaut d'exécution soit ou non le fait du concessionnaire. Il pourrait être condamné à reverser aux usagers des sommes perçues indûment de ce fait.

La question de savoir si les règles de la concurrence sont applicables aux conventions de délégation a reçu une réponse évolutive.

En 1989, le Tribunal des Conflits avait jugé, à propos de la concession de la distribution de l'eau à Pàmiers, que le Conseil de la concurrence n'était pas compétent pour apprécier la délibération par laquelle la Ville avait attribué cette concession. Cette délibération avait été regardée comme un

---

37 - Loi n° 95-125 du 8 février 1995.

acte de puissance publique relevant de la seule compétence du juge administratif et non comme une "activité de production, de distribution ou de services" au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui délimite la compétence du Conseil de la concurrence.

En 1993, le Conseil d'Etat avait jugé que l'acte juridique de dévolution de l'exécution d'un service concédé n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché<sup>38</sup>. Depuis lors, le Conseil d'Etat a plusieurs fois eu l'occasion de faire application des règles communautaires de concurrence à des actes administratifs, sans que toutefois cela concerne des actes de dévolution de l'exécution d'un service public<sup>39</sup>.

Par un arrêt du 3 novembre 1997<sup>40</sup>, il a jugé que le droit interne de la concurrence pouvait être appliqué à la décision d'attribution d'une convention de délégation de service public. L'applicabilité des règles de concurrence à la convention de délégation d'un service public, à travers la délibération de la Commune, a ainsi été affirmée.

La Commune de Fleury-les-Aubrais avait concédé aux PFG le service extérieur des pompes funèbres. Le Conseil d'Etat n'a pas critiqué le droit exclusif d'exploitation ainsi conféré au concessionnaire mais il a ajouté que les clauses du contrat ne devaient pas avoir pour effet de placer cette entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986, c'est-à-dire où elle abuserait d'une position dominante.

Selon cette conception audacieuse de l'abus de position dominante, il y a abus automatique lorsque l'abus découle nécessairement de la position détenue, avant même qu'un comportement abusif ait été établi.

---

38 - C.E., 23 juillet 1993, Compagnie Générale des Eaux, Leb. P. 223, RFDA 1994, p. 252, note Terneyre ; LPA 8 juillet 1994, 81, p. 15, note Guezou.

39 - C.E., 12 juin 1996, Société Christ ; 8 novembre 1996, FFSA.

40 - 283 C.E., 3 novembre 1997, Société Million et Marais - AJDA XII-1997, p. 945.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a examiné si les clauses de la convention, notamment quant à sa durée, conduisaient à placer les PFG en position d'abus automatique et il a conclu par la négative.

C'est en application des mêmes principes que le Conseil d'Etat a rejeté un moyen invoqué pour attaquer le décret du 18 avril 1997 relatif aux structures d'hospitalisation : dès lors que ce texte ne place pas les établissements publics de santé dans une situation qui les conduirait à abuser d'une position dominante, il n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et au principe de liberté de la concurrence que ses dispositions protègent<sup>41</sup>.

Il n'est donc plus possible de soutenir, comme on a pu le faire au début des années 90, après l'arrêt Ville de Pâmiers, qu'un acte de puissance publique échappe par sa nature même à toute possibilité d'application des règles de concurrence.

Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont vainement tenté d'affirmer à leur tour leur compétence pour mieux assujettir les personnes publiques aux règles de la concurrence. Par un arrêt du 18 octobre 1999, le Tribunal des Conflits leur a rappelé les limites de leur compétence qu'il avait déjà définies en 1989<sup>42</sup>.

C'est une autre question que celle de savoir si les règles de concurrence sont applicables aux comportements des entreprises délégataires de services publics. Elle ne souffre pas la discussion. Il n'est pas contesté que des actes ou comportements détachables de l'acte de puissance publique, en amont comme en aval, peuvent entrer dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence.

C'est sans doute ce que signifie l'amendement voté en 1995 à l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 aux termes duquel ses règles de

---

41 - C.E. section, 1er avril 1998. Union hospitalière privée ; Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée

42 - T.C. 18 octobre 1999, A.D.P. et Air France c./T.A.T.

concurrence s'appliquent (...) "notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public". Il y a d'ailleurs eu plusieurs décisions du Conseil de la concurrence dans ce domaine des concessions où les opérateurs sont parfois enclins à se répartir les affaires plutôt qu'à s'affronter.

Le droit interne s'est ainsi beaucoup rapproché du droit communautaire de la concurrence.

L'article 90, paragraphe 1<sup>er</sup>, assujettit en principe aux règles de concurrence du Traité les délégations de service public de l'Etat. Celui-ci ne peut par une mesure administrative telle qu'une concession mettre des entreprises dans une situation où il leur serait interdit de se placer elles-mêmes.

Les dispositions de l'article 86 visent bien l'abus de position dominante qui résulte de comportements rendus possible par l'attribution d'un droit exclusif mais aussi "l'abus automatique" lorsque ce droit place le titulaire dans une situation qui induit fatalement des infractions de sa part.

Toutefois, les règles de concurrence ne s'appliquent aux conventions de délégation que dans la mesure où cette application ne fait pas échec à l'accomplissement de la mission de service public qui est la raison d'être de ces conventions. A condition de ne pas trop affecter le développement des échanges intracommunautaires, des atteintes à la concurrence, voire son exclusion, sont admissibles s'il peut être démontré qu'elles sont nécessaires à l'exercice d'une mission d'intérêt économique général.

Les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes s'intéressent également aux conventions de délégation<sup>43</sup>. Ces juridictions financières sont compétentes, depuis la loi du 8 février 1995, pour vérifier les comptes des délégataires. Elles peuvent le faire directement chez l'entreprise concessionnaire. Leur intervention peut donner à l'autorité concédante l'assurance que le concessionnaire leur rend des comptes exacts. Une entreprise délégataire de service public doit communiquer à la

---

43 - "Vérification des comptes des délégations par les chambres régionales des comptes" par Pierre Faisandier. Institut de la gestion déléguée.

Chambre régionale des comptes son rapport annuel d'information et ses comptes.

La question s'est posée à l'occasion d'un conflit entre la Ville de Saint-Dizier et son distributeur d'eau, la Compagnie Générale des Eaux, de savoir si la Chambre régionale des comptes avait accès à l'ensemble des informations dans le cadre d'un simple contrôle de gestion ou si cette accessibilité était réduite au contrôle juridictionnel des comptes de la collectivité et de son délégataire. Ce dernier point de vue a été soutenu par le concessionnaire mais le Conseil d'Etat, consulté sur cette question par un tribunal administratif, a exprimé, le 20 mai 1998, un avis contraire. C'est donc à tort que la Compagnie générale des eaux avait exercé un recours pour excès de pouvoir contre l'avis d'ouverture d'une enquête. Selon le Conseil d'Etat, il s'agit d'un acte non susceptible de contrôle contentieux. Il ne fait pas grief puisqu'il ne modifie pas par lui-même la situation des droits et obligations de son destinataire, le contrôle non juridictionnel de la gestion ne donnant lieu qu'à des observations dépourvues de force juridique.

La question n'est pas tranchée de savoir si ce contrôle permet à la Chambre régionale des comptes d'accéder à l'ensemble des comptes de la société délégataire du service public, ce qui lui permettrait de vérifier la bonne imputation des frais généraux du siège sur les comptes de la délégation, ou si elle ne peut avoir accès qu'aux comptes produits par le délégataire pour retracer les opérations afférentes à la convention de délégation. C'est aussi dans le cadre de ces contrôles que la Cour des Comptes a fait en 1997 un rapport d'ensemble sur les délégations de services publics, mettant en évidence des dysfonctionnements.

La loi du 29 janvier 1993 a étendu aux conventions de délégation de service public le champ d'application du délit d'octroi d'avantage injustifié, couramment appelé délit de favoritisme, dont peut connaître le tribunal correctionnel.

Ce délit, créé par la loi du 3 janvier 1991, fait encourir à son auteur une peine maximale de 2 ans de prison et 200 000 d'amende.

La loi Sapin a étendu aux délégations de service public les compétences de la mission interministérielle d'enquête. Celle-ci peut être saisie par la Cour des comptes.

On peut aussi mentionner pour mémoire les contrôles que permet la séparation des ordonnateurs et des comptables pour les dépenses publiques puisque aussi bien une gestion déléguée peut en comporter.

Reste, enfin, le contrôle éminent et de caractère politique que les usagers peuvent exercer en tant qu'électeurs.

## **2.2 - L'OUVRAGE OU LE SERVICE PUBLIC CONCÉDÉ EST FINANCÉ PRINCIPALEMENT PAR SES USAGERS**

En principe, le concessionnaire est rémunéré par une redevance, payée directement par l'usager.

La concession se différencie à cet égard du marché public dans lequel le cocontractant est payé par un prix, acquitté par la collectivité publique.

On ne peut pas non plus assimiler à une concession le contrat attribuant à une entreprise l'installation et l'exploitation de mobiliers urbains puisque la rémunération est assurée exclusivement par des annonceurs et non par les usagers de mobilier urbain<sup>44</sup>.

Malgré une certaine opposition doctrinale<sup>45</sup>, ces contrats apparaissent comme une variété de marché public de prestation de service, au moins pour l'application des règles du code des marchés. Il est en tout cas admis que ces contrats ne sont pas des délégations de service public, n'ayant ni pour objet, ni pour effet de déléguer un service public.

En revanche, on peut qualifier de délégation de service public celle de la collecte et du traitement des déchets, bien que l'usager ne paie pas direc-

---

44 - C.E., avis du 14 octobre 1980.

45 - Laubadère, Delvolvé, Moderne, Traité des contrats administratifs, LGDJ, Tome 1, n° 194, Delvolvé, note sous CE ass, 16 avril 1986, Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, RFDA 1987, p. 2.

tement l'opérateur, à partir du moment où la rémunération prévue pour le cocontractant est "substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service". Le Conseil d'Etat a ainsi qualifié de délégation de service public un contrat de régie intéressée en matière de collecte et de traitement des déchets qui prévoyait que la part des recettes autres que celles correspondant au prix versé par la collectivité était d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant<sup>46</sup>.

En principe et idéalement, la rémunération du concessionnaire devrait être fixée de manière à lui assurer une rentabilité suffisante. A défaut, aucun investisseur privé ne serait candidat à une concession.

Bien entendu, la rentabilité de l'investissement peut et le plus souvent doit nécessairement n'être obtenue qu'à moyen ou long terme pendant la durée de la concession.

Dans la pratique, il est de plus en plus fréquent que la redevance ne suffise pas à assurer cette rentabilité. Elle n'est souvent que l'une des sources du financement.

Le concessionnaire peut percevoir d'autres ressources que celles qui, sous la forme de redevances, sont directement liées à l'exploitation concédée.

L'article 2224-1 du Code des collectivités territoriales pose en principe que les services publics à caractère industriel et commercial doivent être en équilibre financier. Toutefois, si cette règle s'applique année par année en ce qui concerne les services en régie, il est admis qu'elle s'applique sur l'ensemble de la durée du contrat en cas de gestion déléguée. Celle-ci peut-être déficitaire certaines années, surtout au début. C'est pourquoi l'article 2224-1 autorise dans certaines conditions les communes à prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics industriels ou commerciaux. Tel est le cas, notamment, lorsque le fonctionnement de ces services exige la réalisation d'investisse-

---

46 - C.E., 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c./ Commune de Lambesc ; 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais (SMITOM), AJDA 1999, p. 714 . CJEG 1999, p. 344.

ments si importants que, eu égard à leur nombre, les usagers devraient supporter soit une tarification trop lourde, soit une augmentation excessive des tarifs.

Si l'activité concédée n'est pas rentable, l'autorité concédante peut contribuer à son financement par des subventions. A titre d'exemple, la gestion privée de certains établissements pénitentiaires donne nécessairement lieu à une subvention de l'Administration pénitentiaire car les "usagers", à savoir les prisonniers, ne peuvent contribuer que très partiellement, à travers les recettes du travail carcéral, à la couverture des coûts.

L'autorité concédante peut aussi prendre une participation au capital, consentir des avances remboursables ou recourir à d'autres moyens.

Le concédant peut encore accorder une garantie financière au concessionnaire ou lui faire des apports en nature tels que la mise à disposition de terrains.

Le Conseil d'État a identifié une convention de gestion déléguée dans un contrat aux termes duquel un syndicat intercommunal avait chargé une entreprise privée d'assurer le transport public des voyageurs en percevant des redevances mais en partageant le risque financier puisque le syndicat intercommunal donnait à l'exploitant une garantie de recettes minimales <sup>47</sup>.

La contribution de la collectivité concédante est fonction de la capacité qu'a le projet de générer assez de recettes par rapport aux coûts. La couverture des coûts par les seules redevances des usagers est plus ou moins réalisable selon les services : elle est plus forte pour des services à caractère industriel et commercial comme l'énergie ou la distribution de l'eau que pour des services à caractère sanitaire, social, culturel ou sportif.

Elle a été d'environ la moitié des coûts pour le Grand Stade de France.

La tendance générale que l'on observe est à un partage des risques entre le concédant et le concessionnaire.

---

47 - C.E., 15.06.1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai.

En contrepartie, la collectivité demande de plus en plus souvent un partage des bénéfices que le concessionnaire peut tirer de l'exploitation.

\*

\*\*

La flexibilité de la gestion déléguée des services publics lui a permis de traverser des siècles et de s'adapter à un très grand nombre de besoins.

Aujourd'hui et pour l'avenir sa pérennité est encore renforcée par de nombreuses données nouvelles : l'immensité des besoins d'intérêt collectif, en particulier en termes d'infrastructures ; la paupérisation croissante des Etats et des autres collectivités publiques ; la technicité de plus en plus grande de métiers que ces collectivités ne peuvent prétendre exercer de façon compétitive ; la réconciliation du libre choix et du principe concurrentiel, gage d'un regain de confiance dans la transparence et l'honnêteté des délégations.

Instrument d'économie mixte, qui cherche à marier les avantages d'une maîtrise publique et d'une gestion privée plus efficace, école de partenariat et de décloisonnement entre des mondes qui se sont trop longtemps ignorés, la délégation en matière de services et de travaux publics mérite sûrement mieux que la suspicion dans laquelle on la tient, jusque dans certaines instances officielles.

La gestion déléguée a un grand avenir devant elle.

Elle l'assurera d'autant mieux qu'elle se distinguera plus clairement d'autres concepts juridiques et préservera ainsi sa spécificité.

A cet égard, il importe que la gestion déléguée ne se confonde pas avec les marchés publics, comme le fait craindre le projet de communication interprétative que la Commission européenne a publié en avril 1999.

Il n'en serait pas moins utile de mieux définir ce qui caractérise toute gestion déléguée.

Plus celle-ci s'étend dans les divers secteurs d'activité et dans l'espace mondial, plus elle se confronte à des besoins nouveaux, plus se dilue ce

qui permettrait de l'identifier. La défense et la promotion de la gestion déléguée passent par un minimum de définition du concept et des contraintes juridiques qui s'y appliquent.

Mais c'est sans doute un enjeu tout aussi important pour l'avenir de la gestion déléguée que de se préoccuper d'éthique et de déontologie. Dans un pays où l'inconscient collectif persiste à trouver anormal que l'on gagne de l'argent en offrant des prestations de service public, il importe que s'instaure un nouvel état d'esprit vis-à-vis de cet indispensable mode de gestion.

Il serait navrant que cette idée fût durablement déconsidérée dans son pays d'origine alors que le monde entier lui accorde une faveur croissante.