

# Institut de la Gestion Déléguée

## Conférence-débat

"La nouvelle définition légale de la délégation de service public"

Mardi 5 mars 2002

~~~~~

## SOMMAIRE

~~~~~

Avant-propos

Interventions de :

**M. Emmanuel GLASER**

Maître des requêtes au Conseil d'Etat  
Sous-directeur Droit public et international,  
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

**M. Stéphane BRACONNIER**

Professeur de droit public, Institut de droit public de Poitiers

**M. Ugo BASSI**

Administrateur principal à la Direction Générale  
"Marché intérieur" de la Commission européenne

**M. Jean-Bernard AUBY**

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas

**M. Claude MARTINAND**

Président de l'Institut de Gestion Déléguée

## Avant-propos

Le 5 mars dernier s'est tenue à la Maison des Polytechniciens à Paris l'Assemblée Générale annuelle de l'Institut de la Gestion Déléguée.

Cette Assemblée m'a donné l'occasion de présenter l'organisation de l'Institut et ses différentes instances, de dresser le bilan des activités menées ces derniers mois, et enfin d'annoncer le programme des actions à venir. Mais nous étions surtout réunis pour nous pencher ensuite sur la "**nouvelle définition légale de la délégation de service public**", telle qu'elle ressort de l'article 3 de la loi N° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, autrement appelée "loi MURCEF".

La conférence-débat sur ce thème, que nous avons choisi d'organiser à la suite de l'Assemblée Générale, avait pour objectif de présenter les différents points de vue : celui des juristes bien entendu, mais également celui de l'administration, et, fait intéressant, celui de la Commission Européenne compétente également sur le sujet.

Tour à tour, se sont exprimés :

- ♦ **Emmanuel Glaser**, Maître des Requêtes au Conseil d'Etat, Sous-Directeur "droit public et international" à la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie ;
- ♦ **Stéphane Braconnier**, Professeur de droit public à l'Université de Poitiers, Directeur du DESS Marchés Publics et Délégations de service public ;
- ♦ **Ugo Bassi**, Administrateur principal à la Direction " Marchés Publics " de la Direction Générale "Marché Intérieur" de la Commission européenne ;
- ♦ **Jean-Bernard Auby**, Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur du DESS Juriste territorial.

Ce sont les contributions de chacun d'eux, et les questions qu'elles n'ont pas manqué de susciter au sein de l'auditoire, que nous avons souhaité vous livrer au travers des pages suivantes. Elles sont autant de témoignages de ce que, loin de mettre un terme aux incertitudes entourant la notion de délégation de service public, la définition légale française centrée sur la dimension financière de la rémunération n'est pas sans relations avec la conception européenne des concessions fondée sur une prise minimale de risques.

La différence d'approche résiderait dans le fait que les Français s'intéressent aux conséquences financières des aléas d'exploitation alors que les Européens s'assurent que les risques pris en charge par l'exploitant sont de nature à générer des aléas dans les résultats de l'exploitation.

**Intervention de M. Emmanuel GLASER,**  
Maître des requêtes au Conseil d'Etat,  
Sous-directeur Droit public et international,  
Ministère de l'Economie, des Finances, et de l'Industrie

---

La loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, qui effectivement porte ce titre curieux de « loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier », autrement désignée sous l'acronyme assez peu élégant de loi MURCEF a, en son article 3, introduit, à la fois à l'article 38 de la Loi Sapin et à l'article 1411-1 du Code Général des Collectivités Territoriales, un premier alinéa qui, pour la première fois, donne une définition législative de la délégation de service public.

Je citerais donc pour commencer cette définition qui est brève : *« une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »*

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je ne me livrerai pas à un commentaire détaillé de la portée de cette définition et des interrogations qu'elle peut susciter et qu'elle suscitera certainement parmi vous. D'autres à cette table et dans la salle sont beaucoup plus compétents que moi pour le faire.

Je voudrais simplement, à titre introductif, insister sur trois points qui me semblent importants du point de vue de l'administration qui a procédé à l'élaboration de cette loi :

1° Pourquoi une telle définition, et surtout pourquoi une telle définition aujourd'hui ?

2° Qu'apporte cette définition ?

3° Cette définition est-elle suffisante ou aurait-elle dû, ou devra t-elle dans l'avenir, être complétée par d'autres éléments ?

- **Premier point, donc, pourquoi une définition législative de la délégation de service public et pourquoi l'avoir fait adopter par le Parlement aujourd'hui ?**

Tout le monde sait ici que le concept de délégation de service public est né il y a une dizaine d'années, principalement avec la « loi Sapin », et que cette notion, bien qu'elle eût été mentionnée depuis dans de nombreux textes législatifs, ne faisait jusqu'à

aujourd'hui l'objet d'aucune définition par le législateur. La loi Sapin elle-même se contentait de poser les règles applicables à la délégation de service public, curieusement sans définir le champ même de ces règles puisqu'elle ne définissait pas la notion de délégation de service public.

En ce qui concerne les textes communautaires, on peut constater que la concession de travaux est définie depuis très longtemps en droit communautaire puisque la première définition remonte à une directive de 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Cette définition, reprise en 1989, puis en 1992, fait de la concession un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux, à l'exception de ce que la contrepartie des travaux à effectuer consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

Une telle définition est évidemment intéressante mais n'en est pas moins relativement sommaire, de sorte que l'on peut dire qu'en réalité l'on était, principalement bien sûr en droit français, dans une sorte de vide législatif, progressivement complété ou comblé il est vrai par la jurisprudence française, mais également communautaire. Celle-ci avait en effet apporté de nombreuses précisions à la définition donnée par les directives.

Cette situation se combinait avec une définition des marchés publics au sein du code des marchés publics, dont on peut dire, en restant modéré, qu'elle n'était pas totalement satisfaisante. Il en résultait une situation d'incertitude juridique assez forte s'agissant particulièrement de la frontière entre les marchés publics et les délégations de service public, mais également s'agissant de l'existence éventuelle de contrats ne relevant ni des marchés publics ni des délégations de service public.

Cette situation était préjudiciable tant aux acteurs économiques qu'aux acheteurs publics, et il était donc naturel qu'à l'occasion de la grande réforme du droit des marchés publics, on souhaitât mettre fin à cette insécurité en introduisant une définition plus claire de ce qu'est un marché public dans le nouveau code des marchés publics - définition qui d'ailleurs à l'époque aurait dû être une définition législative - et en même temps une définition textuelle de la délégation qui, quant à elle, du fait de la Loi Sapin, ne pouvait être que législative.

S'agissant de la délégation de service public, on pouvait par ailleurs estimer que la jurisprudence, qui avait comblé le vide que j'évoquais tout à l'heure, avait atteint un état que je ne qualifierai pas de parfait, mais du moins un état d'équilibre relativement satisfaisant, dont il n'était peut-être pas souhaitable que le législateur vînt le bouleverser. Il a donc été fait le choix d'une sorte de codification de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le législateur a ainsi délibérément choisi d'écarter les modifications majeures qui auraient pu être apportées à la notion de délégation, l'exposé des motifs du projet de loi indiquant: *« l'impératif de sécurité juridique implique en effet que soient précisément définis les différents contrats publics afin que les collectivités publiques puissent connaître, avec certitude, les règles applicables à chacun des contrats qu'elles*

*envisagent de conclure. Or, il s'avère que la distinction entre les délégations de service public et les marchés publics incertaine dans les textes actuels a suscité beaucoup d'interrogations et donné lieu à des contentieux.» C'est donc avant tout, je crois, un objectif de transparence et de sécurité juridique qu'ont poursuivi le gouvernement et le Parlement.*

▪ **Deuxième point, qu'apporte cette définition ?**

Sans entrer dans le détail, cette définition comporte cinq éléments essentiels qu'il me semble nécessaire de rappeler.

Le premier élément, peut-être pas le plus fondamental, et qui est parfois un peu contesté, c'est qu'une délégation de service public est un contrat. Le législateur confirme là clairement la position du Conseil d'Etat, exprimée à plusieurs reprises - notamment dans son avis du 9 mars 1995 sur les transports publics en région Ile-de-France – selon laquelle les actes unilatéraux ne relèvent pas du champ de la Loi Sapin, et ne sont donc pas soumis aux procédures que celle-ci institue. A cet égard, on peut souligner qu'il est bien évident que les actes unilatéraux ne relèvent pas non plus du champ des directives communautaires sur les marchés publics et sur les concessions. Je sais que ce n'est pas tout à fait ainsi que cela est exprimé dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions de service public du 12 avril 2000, mais je crois pourtant que c'est bien l'état du droit communautaire. Tout ceci, sous réserve, bien sûr, que l'on soit en présence d'un véritable acte unilatéral et non d'un contrat déguisé ou « habillé » sous la forme d'un acte unilatéral.

Deuxième critère, ou deuxième élément de définition, ce contrat doit être passé par une personne morale de droit public, ce qui semble exclure ou ce qui exclut explicitement les personnes privées chargées de la gestion d'un service public qui seraient éventuellement tentées de concéder elles-mêmes ou de sous-concéder une partie de la délégation dont elles sont titulaires.

Troisième élément, cette délégation peut être confiée à un délégataire privé bien sûr, mais aussi à un délégataire public. Le législateur reprend ici la position du Conseil d'Etat telle qu'exprimée dans l'avis de la section du contentieux en date du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, lequel affirmait qu' : « *aucun texte ni aucun principe n'interdit en raison de sa nature à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché ou d'un contrat de délégation de service public* ».

Quatrième élément, la délégation doit avoir pour objet de confier la gestion d'un service public dont la personne publique est en charge. De ce point de vue, peu importe que l'on soit en présence d'un service public industriel ou commercial ou d'un service public administratif : le législateur n'exclut pas la possibilité de déléguer un service public administratif, tout comme l'avait fait le Conseil d'Etat dans un avis du 7 octobre 1986. Dans cet avis, il confirmait la possibilité de déléguer un service public administratif, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui par leur nature ou par

la volonté du législateur ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même, réserve d'une sombre clarté qui a, seulement pour partie, été éclairée par la jurisprudence.

Dernier élément qui a bien évidemment fait couler le plus d'encre, la rémunération doit être, comme l'indique la loi, « *substantiellement liée au résultat de l'exploitation* ». C'est la reprise presque mot pour mot de la formule - si largement commentée que je n'y reviendrai pas - de l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Lambesc* du 15 avril 1996.

Enfin la loi ajoute, sans que cela soit essentiel à cette définition, que le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens, ce qui n'a rien d'original, puisque c'est depuis toujours la caractéristique de la concession.

▪ **Troisième et dernier point de ce bref exposé : cette définition est-elle suffisante ou aurait-elle dû être complétée par d'autres éléments ?**

Il faut reconnaître que quelles que soient les qualités immenses de la définition jurisprudentielle progressivement élaborée par le Conseil d'Etat, la question pouvait légitimement se poser à partir du moment où le législateur lui-même intervenait. Ainsi pouvait-on s'interroger sur le point de savoir s'il ne convenait pas de préciser ou de compléter la définition jurisprudentielle, afin notamment de lever les quelques incertitudes qui continuaient à susciter de nombreux contentieux et qui conduisaient également parfois à des requalifications de délégations en marchés.

Ce n'est pas le choix qui a été fait par le gouvernement et le Parlement, à mon sens à juste titre. Il a été choisi de privilégier une définition simple, que je ne qualifierai pas d'élémentaire, mais du moins une définition qui s'en tienne à l'essentiel.

Deux amendements proposés par le Sénat ont ainsi été écartés. Le premier d'entre eux visait à préciser que la délégation s'exerce sous le contrôle du délégataire. Le gouvernement et l'Assemblée Nationale ont considéré qu'une telle précision était inutile dès lors que le contrôle du délégataire par le délégant est consubstantiel à la notion même de délégation. Cette formule n'apportait rien à moins qu'on la précisât en donnant les critères et les moyens du contrôle, ce qui nous aurait bien évidemment éloigné considérablement d'une simple définition de la délégation de service public et nous aurait conduit d'une certaine façon à réécrire une partie de la loi Sapin, ce qui n'était évidemment pas l'objectif.

Le deuxième amendement avait quant à lui pour objet de rappeler que le délégataire d'un service public ne peut pas subdéléguer une partie de la gestion de ce service sans l'accord explicite de la personne délégante. Cette amendement constituait le reflet – partiel - de la jurisprudence. Il n'a pourtant pas été retenu, au motif, officiellement, selon le gouvernement, qu'il semblait a contrario exclure la possibilité d'une cession de la totalité

de la délégation alors même que le Conseil d'Etat venait de rappeler, dans un avis du 8 juin 2000, qu'une telle cession était possible. Je crois que cet argument n'est pas pleinement satisfaisant dans la mesure où on aurait pu modifier l'amendement en question et le rédiger de telle sorte qu'une telle interprétation a contrario n'eut pas été possible. En réalité, je crois que la volonté du législateur et du gouvernement était clairement de s'en tenir à une définition de la délégation de service public, et qu'en dehors des éléments essentiels que j'ai mentionnés tout à l'heure, tout ajout apparaissait comme complexifiant inutilement ladite définition. La simplicité et la brièveté de la loi faisant partie des objectifs que le Conseil d'Etat, et désormais le Conseil constitutionnel, rappellent régulièrement, on a préféré s'en tenir à une définition la plus simple possible, même si, il est vrai, l'on aurait pu, peut-être, ajouter cette précision.

Se posait enfin - c'était évidemment très sensible - la question de la fixation éventuelle par le législateur du seuil à partir duquel il fallait considérer que l'on était en présence d'une rémunération substantiellement liée au résultat de l'exploitation. Cette question a fait couler beaucoup d'encre depuis l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1996, et également la précision importante apportée par l'arrêt du Conseil d'Etat *SMITOM* en date du 30 juin 1999, lequel admettait qu'une part de 30 % seulement des recettes liées à l'exploitation puisse suffire pour que l'on soit, ou pour que l'on fût, en l'occurrence, en présence d'une délégation. Ces deux arrêts avaient permis de lever une partie des doutes qui existaient, mais tous n'avaient pas pour autant disparu.

L'arrêt *SMITOM*, notamment, ne fixe pas du tout un seuil mathématique établi à 30% des recettes. A la lumière des conclusions de Catherine Bergeal, on comprend que le Conseil d'Etat procède à une analyse concrète du contrat en cause, et en conclut qu'en l'espèce 30 % suffisaient pour estimer qu'il y avait bien un risque d'exploitation, et que, par conséquent, on était en présence d'une délégation. Mais récemment encore, la Cour Administrative d'Appel de Marseille, dans un arrêt *Préfet du Var* du 5 mars 2001 a admis un seuil de 10 %, ce qui évidemment est sensiblement plus bas et que l'on n'aurait peut-être pas imaginé à l'époque de l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône*.

Cette question de la fixation du seuil par le législateur avait été évoquée par Mme Bricq dans son rapport et discutée en commission et en séance plénière, même si elle n'avait pas fait l'objet d'un amendement. Le Parlement a décidé, dans sa grande sagesse, de ne pas fixer de seuil dans la loi.

Je crois que c'est une bonne décision parce qu'il me semble que le cœur du problème ne réside pas dans la fixation d'un seuil mathématique, mais plutôt dans l'appréciation même du risque d'exploitation. Catherine Bergeal le rappelle très bien dans ses conclusions sous l'arrêt *SMITOM*, et c'est la position depuis l'origine de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concession. La concession, c'est une exploitation aux risques et périls du concessionnaire. L'important est d'estimer, au vu de chaque contrat, s'il y a un risque ou s'il n'y a pas de risque. Le seuil à partir duquel naît le risque d'exploitation peut considérablement varier d'un secteur à l'autre, d'un contrat à l'autre. Fixer un seuil - quel qu'il soit, 30 %, 50 % comme cela avait également été évoqué - aurait figé inutilement la situation et aurait conduit mécaniquement à requalifier en



marchés des contrats qui, en réalité, par leur nature, compte tenu de l'existence d'un risque, auraient dû être considérés comme des délégations. Dès lors, nous ne pouvons, à mon sens, que nous féliciter de ce que cela n'ait pas été retenu.

Voilà les premiers éléments que je pouvais vous livrer.

**INTERVENTION DE M. STEPHANE BRACONNIER,**  
Professeur de droit public à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers

---

Mesdames, Messieurs,

Je voudrais tout d'abord remercier le Président Claude Martinand de m'avoir invité à m'exprimer devant vous aujourd'hui et de me donner ainsi l'occasion de revoir quelques amis. Permettez-moi également, en contrepoint de l'intervention de M. Glaser, d'adopter une lecture un peu critique de l'article 3 de la loi « MURCEF », tant au niveau de son opportunité qu'au niveau de son contenu.

Sur son opportunité d'abord.

L'origine du problème, M. Glaser l'a parfaitement rappelé à l'instant, remonte à la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, qui emploie pour la première fois l'expression « conventions de délégation de service public », et surtout à la loi Sapin du 29 janvier 1993 qui, sans donner une définition de ces contrats, réglemente leur passation.

Cependant, force est de constater que la question de la définition de la délégation de service public ne date pas de cette époque, puisque l'on trouve une multitude d'arrêts, bien antérieurs à 1993, qui se prononcent déjà sur la question de la rémunération du cocontractant de l'administration pour savoir si tel ou tel contrat est une concession de service public ou un marché public. De ce point de vue, on a l'impression, pour renverser les adages, que ce n'est pas du vin nouveau qui a été mis dans des outres anciennes, mais du vin ancien qui a été mis dans des outres nouvelles, la loi MURCEF en l'espèce.

Pourquoi figer la définition de la délégation de service public dans la loi ? A bien y réfléchir, les quelque 300 arrêts rendus par les juridictions administratives à la suite de la loi Sapin avaient fini par dessiner, de manière assez claire, les contours de la notion, et ceci autour de deux axes : l'objet du contrat et le mode de rémunération du cocontractant. Deux arguments expliquent l'initiative du législateur.

Un premier argument, tiré de la sécurité juridique, réside dans la nécessité, rappelée à plusieurs reprises par Madame Bricq, rapporteur du texte devant l'Assemblée Nationale, de stabiliser le droit et d'éviter ainsi tout risque d'interprétation. Cet argument me paraît discutable.

En effet, la définition législative ne fait que reprendre, quasiment mot pour mot, la définition jurisprudentielle, laquelle comportait déjà des éléments sujets à interprétation, et qui le demeureront sous l'empire de la définition législative. Ainsi, le fait d'avoir

introduit dans la loi une définition de la délégation de service public ne sert que très incomplètement la sécurité juridique. D'ailleurs, M. Glaser l'indiquait à l'instant, le gouvernement a écarté, au cours de la discussion parlementaire, des amendements concernant notamment la subdélégation ou la cession de contrats, au motif que ces questions étaient déjà réglées par la jurisprudence et qu'il n'y avait pas lieu, en conséquence, de compliquer inutilement la loi.

Plus encore, l'introduction de la définition de la délégation de service public dans la loi me paraît de nature à freiner l'évolution du droit dans ce domaine. La loi cristallise, en effet, une évolution qui, à beaucoup d'égards, n'était pas aboutie. On a figé ici ce que certains ont appelé un « état transitoire de la réflexion du juge administratif ». Dès lors que la loi me paraît – mais on peut en discuter – moins réactive aux évolutions de la société que la jurisprudence, elle ne paraît pas constituer le support optimal d'une définition de la délégation de service public qui s'adapte rapidement et efficacement aux évolutions, notamment aux évolutions économiques.

L'autre argument, qui me paraît plus fondé, pour justifier l'introduction dans une loi de la définition de la délégation de service public, est un argument politique, lié au positionnement des pouvoirs publics français vis-à-vis des projets communautaires, que l'on a vu s'esquisser, dans la communication interprétative de février 2000 sur les concessions en droit communautaire d'abord, dans l'arrêt *Telaustria* rendu par la Cour de Justice des communautés européennes en 2001 ensuite. Je crois qu'il y a là – et il faut s'en réjouir – une volonté du gouvernement d'adopter une position claire sur le périmètre de la notion de délégation de service public. Cette clarification permettra sans doute d'aborder dans de meilleures conditions les débats à venir. Un débat qui, par ailleurs, semble s'être déplacé. Aux affrontements des années 90, parfois idéologiques, sur la notion même de service public, s'est substitué une réflexion tournée vers les modes de gestion. Dans les prochains mois, dans les prochaines années, le débat se situera au niveau des moyens juridiques propres à permettre à deux partenaires, notamment un partenaire public et un partenaire privé, de faire jouer au mieux les potentialités de leur partenariat. Il s'agira en quelque sorte de déterminer comment le droit peut, ou doit, favoriser les partenariats public/privé, pour employer un terme générique. Vous voyez que l'on dépasse, dans cette perspective, le cadre de la simple définition de la délégation de service public. Ceci dit, je crois effectivement que le fait, pour le législateur, d'avoir introduit dans la loi une définition de la délégation de service public a le mérite de montrer que les enjeux concernent aujourd'hui, à titre principal, les modes de gestion. Les débats sur la notion même de service public, largement stériles, sont, à l'évidence, dépassés.

Vous comprendrez ainsi qu'à mon sens, même si la définition de la délégation de service public a été introduite dans une loi portant mesures « urgentes » de réforme à caractère économique et financier, il n'y avait sans doute pas urgence à légiférer sur ce point.

S'agissant maintenant du fond, c'est-à-dire des potentialités de cette définition, il convient de lire cette dernière en combinaison avec celle que le nouveau code des

marchés publics donne, à son article 1<sup>er</sup>, du marché public, les deux réformes ayant été conçues comme complémentaires.

Pour reprendre les éléments saillants de la définition, je rappellerais tout d'abord que la délégation de service public est un contrat, et qu'il n'y a pas véritablement de difficultés sur ce point, sauf à discuter de la pertinence, au regard notamment des directives communautaires, de l'exclusion du champ de la loi Sapin, des habilitations unilatérales.

L'autre élément saillant de la définition est le fait que le délégant doit être une personne publique. Cela est logique dans une première approche, mais pose, à mon sens, un problème au niveau des subdélégations. En effet, alors même que les situations sont largement similaires, les contrats de subdélégation ne se trouvent pas nécessairement soumis au même régime juridique et les subdélégants aux mêmes obligations. Dans le cas d'une sous-concession de plage par exemple, le concessionnaire public qui souhaite sous-concéder l'exploitation de la plage est soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence contenues dans la loi Sapin. Cela ne me paraît pas, en soi, choquant. Ce qui, en revanche, est contestable, c'est que des contrats largement similaires sont soumis à un régime juridique a priori radicalement différent. Dans le cas d'une sous-concession consentie par une société d'autoroute à une entreprise pétrolière par exemple, le fait que le sous-concédant soit une personne privée implique, au regard de la loi, sa non-soumission aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Il s'agit, par ailleurs, de confier la gestion d'un service public à un tiers, public ou privé. On oublie en effet un peu trop souvent que la délégation de service public est avant tout un contrat qui a pour objet de confier effectivement une mission de service public à un tiers. C'est ce qui, à titre principal selon moi, la distingue du marché public, qui a lui pour objet de répondre aux besoins d'un acheteur public et non à ceux d'usagers d'un service public.

Il y a enfin le critère de la rémunération. C'est là l'élément le plus sensible, celui sans doute qui rend les juristes les plus mal à l'aise, tant l'approche qu'il impose ne peut manquer, et ne manque pas, de faire appel à un raisonnement économique sur le risque ou l'aléa économique.

L'approche strictement quantitative est, de ce point de vue, clairement récusée. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 5 mars 2001 vient de nous le rappeler, à propos d'un contrat dans lequel le délégataire ne prenait à sa charge que 10% du déficit d'exploitation et qui, malgré cela, à été qualifié de délégation de service public.

Mais au-delà du rejet de l'approche quantitative, que dire du critère de la rémunération ? D'abord qu'il est parfaitement compatible, conciliable et même en phase, tant avec l'approche de la commission européenne qu'avec celle de la Cour de justice des communautés européennes, qui est en passe d'épouser, sinon les principes posés par le droit français, du moins leur esprit. Il y a là un point de rapprochement - ce n'est pas si fréquent en matière de contrats publics - entre le droit français et le droit communautaire.

Le critère de la rémunération constitue également un point de rapprochement avec la théorie de l'équilibre financier du contrat, et plus précisément avec la théorie de l'imprévision, dans laquelle l'aléa « normal » que doit supporter toute entreprise en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat – le Président Marceau Long ne me contredira pas – se situe aux alentours de 10 %. Finalement, je me demande si le critère de la rémunération ne peut pas être compris comme devant faire supporter aux délégataires un aléa économique normal, tel qu'il est entendu par le juge administratif depuis des décennies. C'est là, selon moi, le point d'équilibre du critère de la rémunération, point d'équilibre qui fait abstraction de l'approche strictement quantitative, laisse une place à l'approche économique et assure une cohérence de la jurisprudence.

Enfin, je l'ai signalé à l'instant, mais d'autres que moi en parleront sans doute mieux, le critère de la rémunération est un point de rapprochement important entre les juristes et les économistes. C'est la manifestation claire des limites d'une stricte approche juridique qui, dans ce domaine comme dans d'autres, doit se nourrir d'une analyse économique.

Voilà les quelques réflexions, rapides, que je souhaitais vous livrer. Au-delà des controverses que ne manquera pas de susciter la définition législative de la délégation de service public, je crois qu'il convient de ne jamais perdre de vue, quel que soit l'état du droit positif, que la délégation de service public reste, depuis des lustres jurisprudentiels, un contrat par lequel une personne publique confie à un cocontractant, public ou privé, la gestion effective d'un service public, aux risques et périls du délégataire.

Je vous remercie.

**Intervention de M. Ugo BASSI**  
Administrateur principal à la Direction Générale  
"Marché Intérieur" de la Commission européenne

---

Merci Monsieur le Président. Permettez-moi de vous remercier également, à mon tour, pour cette invitation qui me donne l'opportunité de vérifier sur le terrain les dégâts que l'on fait à Bruxelles (rires dans la salle).

Je vais peut-être renverser un petit peu l'ordre initial de ma présentation. Je vais en effet partir de quelques réflexions concernant la nouvelle définition de la loi MURCEF pour ensuite passer à des remarques à caractère un peu plus général concernant la ligne vers laquelle la Commission entend aller à l'égard des concessions.

Tout d'abord, comme il a été déjà souligné, nous avons une approche plutôt positive vis-à-vis de cette définition. En effet, il s'agit réellement d'un rapprochement de la loi française avec les principes qui avaient été explicités dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions de 2000. Un rapprochement qui avait été déjà saisi, qui existait déjà dans la jurisprudence, que l'on suivait de près mais qui n'avait pas encore été consacré dans un texte de droit.

Nous, nous ne pouvions pas *exiger* un texte législatif. Nous ne pouvons aujourd'hui pas exiger que les États membres se dotent d'instruments législatifs en matière de concessions de service. Pourquoi ? Tout simplement parce que nous-mêmes nous n'avons pas, au stade actuel, une définition juridique proprement dite de concession de service. La description que l'on a faite dans la communication sur les concessions n'est que la description d'un phénomène dans le cadre d'une communication interprétative, où on ne pouvait pas faire plus. On aurait été au-delà de ce qui nous est permis dans le cadre d'un acte de *soft law* ; nous avons juste décrit un phénomène pour le distinguer des marchés publics, pour résoudre un problème pratique qui se posait dans les États membres et qui arrivait au niveau communautaire et pour lequel il fallait donc trouver des pistes de solution.

On a décrit ce phénomène d'une manière qui n'est pas divergente de celle que nous retrouvons aujourd'hui dans la loi MURCEF. Bien sûr, il y a des différences, que nous allons voir tout de suite. Mais il ne s'agit pas de divergences fondamentales.

Je ne m'attarderai pas sur l'analyse de tous les éléments que l'on peut retrouver dans la définition de la loi MURCEF, qui ont été très bien exposés de manière positive et un peu plus critique par les deux orateurs qui m'ont précédé. Je me concentrerai sur les éléments de différence que l'on peut trouver vis-à-vis de la notion de concession en droit communautaire.

Je dois préciser d'emblée que certaines divergences découlent du fait que, pour nous, le phénomène que l'on a voulu décrire est un phénomène qui n'est pas nécessairement lié

comme en droit français à la délégation de service public. Nous avons décrit un phénomène juridique et économique pour le distinguer des marchés publics, donc pour identifier le régime qui lui était applicable, mais nous ne partons pas d'une condition essentielle qui est celle de la présence d'un service public. Nous admettons bien sûr qu'un ordre juridique comme le droit français considère cela comme l'élément essentiel de ce cas de figure, de cette typologie, mais nous qui avons affaire à quinze ordres juridiques différents, nous devons ratisser plus large, nous devons rendre compte aussi des cas de figure qui n'étaient pas des marchés publics, qui n'étaient pas des délégations de service public, mais qui étaient des formes contractuelles (et nous reviendrons sur l'aspect contractuel), des formes contractuelles qui relèvent de l'achat public, de la commande publique au sens large et pour lequel il n'y avait pas de règles précises dans les directives. Cela est le point de départ ; ceci prouve que la différence fondamentale réside dans le fait que dans notre description, je ne parle pas de définition, mais dans notre description, vous allez retrouver des mots un peu différents. Il ne s'agit pas de la délégation d'un service public, mais de la gestion d'une *activité économique* aux termes du Traité, n'importe laquelle.

Pourquoi cela ? Parce qu'il n'existe pas au niveau communautaire de notion de service public. La notion relève encore de la compétence de chaque état membre. Chaque État membre est libre de définir, dans certaines limites — je ne rentre pas dans ce débat — ce qui est un service public et ce qui ne l'est pas et donc on ne pouvait pas subordonner l'application des règles qui sont en fait les règles du traité (on va y arriver) à la définition, qui pouvait être différente, de cette activité. Placez-vous toujours dans la perspective de qui doit appréhender quinze ordres juridiques et des familles juridiques complètement différentes.

Nous n'avons pas parlé de contrat non plus, et là on vient à un point qui a été soulevé par M. Glaser. Pourquoi ? Parce qu'au fond, ce que nous disons dans la communication, c'est que s'il est vrai que les concessions de services (nous n'évoquons pas les concessions de travaux ici) ne relèvent pas des directives communautaires, ce qui est évident (il y a eu un débat à ce sujet mais maintenant il est clos), est que ces actes relèvent du Traité tout simplement. Pourquoi ? Parce qu'il s'agit d'activités économiques au sens du Traité et donc, s'agissant de mesures étatiques qui ont pour objet des activités économiques, elles sont soumises au respect du Traité et notamment aux règles en matière de marché intérieur et aux principes qui ont été dégagés par la Cour au sujet de ces règles : égalité de traitement, transparence, proportionnalité, reconnaissance mutuelle. Et le respect de la transparence, implique dans la pratique une obligation de mise en concurrence et donc de publicité. C'est le cœur de la communication. Nous n'avons pas pu aller plus loin, mais c'est déjà à notre avis un bon progrès à ce stade.

Or, la communication précitée établit qu'une concession de service n'est pas forcément un contrat. En effet, dans l'optique d'une application des principes du Traité, nous n'avons pas besoin d'identifier un cas de figure spécifique tel que celui qui est décrit par les directives marché public, qui exigent qu'un contrat soit conclu entre un pouvoir adjudicateur et un tiers. Nous sommes ici, en revanche, dans le cadre du Traité, qui vise toute mesure étatique, quelle que soit sa nature, et donc par hypothèse aussi bien un acte

unilatéral qu'un contrat. N'importe quelle mesure étatique qui, par exemple, peut-être contraire à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation de service est soumise au contrôle juridictionnel si elle rentre dans le champ d'application du traité. C'est le deuxième élément de différence entre votre définition et notre description.

Le troisième aspect dont je voudrai discuter concerne le mot *substantiel*. On parle ici de la rémunération ; j'ai suivi le débat qui a eu lieu entre les deux orateurs qui ont précédé. Nous avons une certaine sympathie pour l'approche qui combine l'approche juridique et l'approche économique. Pourquoi ? Parce que nous avons tendance à imaginer que des règles plus souples, comme celles que l'on admet en droit communautaire et en droit français, sont nécessaires pour les concessions de service. Des règles plus flexibles par rapport aux règles détaillées, contraignantes des directives.

Parce que l'on est en présence d'un phénomène économique un petit peu différent. Faire un achat pour l'administration est une chose, organiser un service pour la collectivité en est une autre. Quelle est la différence substantielle ? Il y en a énormément. Il y a la différence du contrôle par exemple. En effet, l'État continue d'exercer un contrôle sur tout, sur les tarifs, sur les modalités d'exercice, ce sont des contrôles sacrés pour nous. De plus, il s'agit normalement de relations qui s'étalent sur de longues durées : dix, quinze, vingt ans en fonction des secteurs, etc.

La grande différence avec les marchés publics réside dans le fait qu'au lieu de garantir à un prestataire de services un revenu à la fin du mois ou de l'année, l'Etat lui donne la possibilité d'exercer un service au profit de la collectivité et par cette délégation il le charge aussi du risque lié à l'exploitation de cette activité. C'est cela qui, pour nous, justifie la différence entre règles strictes et règles plus flexibles.

Mais dans notre description, nous ne sommes pas parvenus à identifier le pourcentage de risque qui doit peser sur le concessionnaire afin qu'on puisse parler de concession au lieu que de marché public. Nous sommes contre la fixation d'un chiffre (50 %, ou 80%), pour toute une série de raisons qui ont déjà été évoquées et nous sommes par contre d'accord sur le fait qu'il doit s'agir d'une évaluation au cas par cas. Nous sommes conscients du fait que ce n'est pas toujours évident et que ceci n'apporte pas toute la sécurité juridique qu'il faudrait. Nous sommes en train de réfléchir sur ces points. Si vous avez des éléments, nous sommes preneurs, mais nous n'avons pas encore inventé la solution. Mais je suis soulagé de constater que c'est aussi un débat dans d'autres enceintes plus nobles que la nôtre et donc que les problèmes sont plus ou moins les mêmes pour vous et pour nous.

Je n'ai aucune intention de tirer de ces quelques différences entre la définition française et la notion communautaire de concession de service des conséquences opérationnelles. Je vous l'ai d'ailleurs dit, nous n'avons pas de législation vis-à-vis de laquelle un contrôle de légalité de la définition française devrait être effectué.

Par contre je voudrais dire quelques mots, avant de conclure, sur le futur. Le débat existe toujours de savoir si nous aussi nous devons franchir le pas et proposer une initiative législative visant à définir les concessions de services et à prévoir un régime spécifique



pour celles-ci. Un grand débat a actuellement lieu sur ce point spécifique. Vous savez que nous sommes sur le point de modifier entièrement les directives communautaires « marchés publics » avec un travail qui vise à les unifier, les moderniser et les assouplir, ce qu'on appelle le « paquet législatif ». On s'est aussi posé la question de savoir s'il ne fallait pas profiter de cette occasion pour résoudre ce problème. Mais à ce stade, nous sommes plutôt de l'idée que ce serait un résultat insuffisant de donner une définition seulement dans le cadre d'un texte consacré aux marchés publics. Cette insertion pourrait dévaloriser l'instrument de la concession.

Quelqu'un a parlé de différences entre marché public et concession et vous avez fait allusion au fait que Bruxelles ne donnait pas assez d'importance à cette différence. Au contraire, nous tenons compte de cette différence au point que nous résistons à la tentation facile d'insérer une ou deux définitions dans le "paquet législatif" et nous allons plutôt vers l'idée d'un instrument autonome dans lequel certains des problèmes qui restent ouverts pourraient être réglés. On en a évoqué quelques-uns mais il y en a d'autres : quel doit être le contenu de l'avis par lequel le concédant met en concurrence les concessionnaires potentiels ? Quelle est la portée (et les conséquences) de l'application du principe d'égalité de traitement tout au long de la procédure et pendant la vie du contrat ? Quel doit être le régime en ce qui concerne la durée des concessions et/ou leur allongement ? Il y a énormément de questions qui restent ouvertes, d'aspects qui mériteraient d'être approfondis et réglés.

Une dernière remarque enfin. Les règles qui existent et qui découlent du traité et ont été confirmées par la Cour, heureusement pour nous, dans l'arrêt *Telaustria*, ainsi que les règles éventuelles qui un jour pourront être adoptées dans une directive ou un règlement, qui sera bien entendu élaboré en collaboration avec tous les milieux intéressés comme c'est la nouvelle pratique depuis quelques années (donc n'ayez pas peur), ces règles ne viseront en tout état de cause que le choix du prestataire et ne frapperont pas le phénomène économique de la concession dans d'autres aspects.

En particulier, les pouvoirs adjudicateurs, les administrations, l'Etat, comme je le disais au Président tout à l'heure, restent toujours libres de garder les services en régie, de fixer le niveau de performance et les exigences de qualité du service, les tarifs ; leur liberté, sur cet aspect, est totale. La seule limite qu'ils ont à cette liberté, sous l'angle des règles « marchés publics » au sens large, serait tout simplement que s'ils décident de confier la tâche à quelqu'un de différent d'eux-mêmes, donc à un tiers (et je ne rentre pas dans le débat « *in house* », qui sera une autre question à résoudre), alors à ce moment-là, il faut respecter les règles de transparence, et donc de mise en concurrence et publicité, d'égalité de traitement et de proportionnalité. Mais cela, au bénéfice de tous : des pouvoirs adjudicateurs, des opérateurs économiques et des citoyens. C'est ça tout simplement notre but.

Merci beaucoup.

*[Fin de l'intervention de M. Bassi]*

*[M. Martinand reprend la parole]*

Merci également. Vous vous exprimez parfaitement en français, on peut le souligner.

## **Intervention de M. Jean-Bernard AUBY**

Professeur de droit public  
A l'Université Panthéon-Assas

---

1°. Quiconque pratique depuis un certain temps cette question du critère de la délégation du service public (qui est plus précisément, dans l'état actuel du droit, celle du critère permettant de distinguer les délégations de service public des marchés publics), et découvre aujourd'hui la loi MURCEF et les commentaires qui l'entourent, acquiert facilement l'impression de tourner en rond, de retrouver constamment des choses qui sont dites depuis longtemps.

Ce critère que consacre la loi MURCEF, et qu'elle a extrait de la jurisprudence, je crois qu'à peu près tout le monde s'accorde pour dire qu'il n'est pas très bon.

On oublie il est vrai souvent de dire qu'il était un peu inévitable dans la mesure où la notion de marché était définie auparavant sous l'angle de la rémunération, tant par le droit national que le droit communautaire : c'est un abord du problème auquel on ne pouvait pas échapper.

Alors on a choisi un critère qui a indiscutablement le défaut d'être un peu flou (mais il faut bien être conscient de ce que les critères qui définissent les grandes catégories juridiques le sont souvent), mais aussi celui de proférer une sorte de truisme : toute entreprise vit des résultats de l'exploitation de son activité.

Le problème, et c'est surtout là-dessus que je voudrais insister dans un premier temps, est que, ce que l'on propose pour amender ce critère, pour tendre un filet plus efficace que celui qu'il tend, n'est pas beaucoup plus fameux.

On nous dit, je l'ai lu cent fois comme vous (on le dit un peu moins depuis le fameux arrêt SMITOM), qu'à ce critère de la rémunération, il faudrait substituer ou adjoindre deux autres éléments : l'objet du contrat ou l'élément de risque.

Les deux propositions m'inspirent le plus grand scepticisme.

La première tenant à l'idée de l'objet me paraît difficilement tenable parce que les deux éléments qui constituent la notion même de délégation de service public sont parfaitement insusceptibles d'une délimitation précise : ni la notion de délégation, ni celle de service public ne peuvent être dans notre droit définies de manière précise.

Quant à l'élément du risque, je le trouve intéressant et sympathique en ceci qu'il donne au problème une teinture économique qu'il doit certainement recevoir.

Seulement d'abord, je n'ai pas encore repéré de proposition bien fiable quant à la manière dont on devrait définir ce qu'est le risque dans un contrat dont on se demande s'il est un marché ou une délégation de service public.

Il y a une objection plus fondamentale encore. C'est que je ne suis pas sûr de comprendre très bien la logique qui fait souhaiter que le contrat par lequel on confie une activité publique, un service public, à une entreprise soit soumis à des règles plus souples, à une durée plus longue lorsqu'il recèle un risque.

En outre, je m'interroge aussi sur cette idée de risque. D'où sort-on que l'idée de risque serait un moyen efficace de distinguer — parce que c'est ça l'enjeu dans notre droit pour le moment tout au moins — ce qui est un marché public de ce qui est une délégation de service public. Est-ce que le risque serait absent des marchés ? Il y a ici dans cette salle des entreprises qui passent des marchés : est-ce que dans la vie des marchés qu'elles concluent, il n'y a pas des risques ?

J'ajoute que si l'on regarde le régime des marchés publics d'une part, le régime des délégations de service public d'autre part, moi je ne crois pas qu'on puisse se faire la conviction que le second serait plus concentré sur la notion de risque que le premier. Au contraire on pourrait dire que l'on recense dans le droit des marchés publics plus de règles (sujétions imprévues, travaux nécessaires...) soucieuses du problème du risque, que l'on en trouve dans la délégation de service public.

Si l'on observe (parce qu'encore une fois c'est entre ces deux pôles qu'il faut raisonner nécessairement) le droit des marchés public d'une part, le droit des délégations de service public d'autre part, leurs régimes juridiques respectifs, quelle différence essentielle y voit-on, d'où l'on pourrait tirer un critère ? Il me semble que la seule impression que l'on retire est que l'on a d'une part un régime bien adapté à des contrats de courte durée ou de moyenne durée, où le contenu des prestations est bien cerné, et d'autre part un régime mieux adapté à des contrats de plus longue durée dans lesquels le contenu des prestations n'est pas au départ susceptible d'être très précisément défini.

Je conviens de ce qu'il est difficile de tirer un critère de cette polarité-là, d'autant qu'elle n'a pas d'écho dans la manière dont le droit communautaire (qui est nécessairement pilote dans cette affaire), définit le marché public.

Il n'y a peut-être donc pas de bon critère de la délégation de service public.

2°. La vérité est que sommes forcés de nous concentrer sur un problème qui n'est pas très intéressant au fond.

Quel est le problème intéressant ? Le vrai problème est dans le fait que des opérateurs économiques et des collectivités publiques ne réussissent pas à mettre en place certains partenariats, comme il a été dit tout à l'heure, certaines opérations, certains montages

contractuels parce que ces partenariats, opérations, montages se trouvent, dans la classification de nos contrats, en quelque sorte inclassables.

Pourquoi ? Dans certains cas, il en va ainsi parce qu'ils sont rejetés en dehors de la délégation de service public et relégués dans la catégorie des marchés à laquelle ils ne peuvent pas s'adapter, pour des raisons qui tiennent aux règles concernant la durée (tout au moins la durée des contrats dont le contenu des prestations n'est pas précisément fixé) et d'autre part à l'interdiction du paiement différé, c'est-à-dire cette règle qui impose en quelque sorte de rythmer le paiement en fonction des prestations. Un certain nombre de contrats ne peuvent pas se couler dans ces règles-là.

Dans d'autres cas, les montages sont inclassables dans notre typologie pour une autre raison : c'est qu'en réalité, ils ne rentrent de toutes les façons nulle part car ils sont impossibles dans leur objet même. Parce que notre droit en refuse la possibilité même. Il s'agit notamment des contrats que l'on pourrait imaginer d'introduire à l'exemple de certains PFI anglais et qui, par exemple, consisteraient de la part d'une collectivité à confier à une entreprise, sur la durée, la gestion de son patrimoine.

Ces contrats sont impossibles non pas parce qu'ils ne rentrent pas dans le binôme marchés publics-délégations de service public, mais parce qu'ils sont de toute manière bannis par notre droit pour des raisons de fond, concernant ce dont une collectivité peut se décharger sur une entreprise.

Le fond du problème est là. Est-il lié à la question du critère qui permet de distinguer les marchés publics des délégations de service public ? Seulement dans la mesure où, si on pouvait faire passer certains des contrats que je viens d'évoquer de la zone des marchés à celle des délégations de service public, ils deviendraient possibles. Je ferai remarquer que quelquefois, ils ne seraient pas très conformes à la conception que l'on peut avoir de l'idée d'une délégation de service public, mais enfin ils ne seraient plus rigoureusement interdits.

Mais le vrai sujet n'est pas celui-là. Il est de savoir si ces montages (de type PFI anglais, ce que nous avons appelé METP...), sont souhaitables, sont acceptables sur un plan politique, économique, social, etc. C'est cela qui est fondamental. Si nous admettons que oui, alors à ce moment-là, nous aurons probablement à nous dire que c'est notre classification qui n'est pas merveilleuse et que peut-être il y manque des cases.

Rien ne nous empêche d'en ajouter, c'est-à-dire d'admettre qu'il y a des contrats, contribuant à la réalisation d'activités publiques, d'équipements publics, etc..., qui ne sont ni des marchés ni des délégations de service public. Nous ne sommes pas verrouillés dans cette affaire-là, en tous les cas pas verrouillés juridiquement. Il y a un élément indéplaçable, c'est la notion de marché parce qu'elle est fixée sur le plan communautaire. Mais pour le reste, le droit communautaire est d'un très grand libéralisme et le restera sans doute assez longtemps. Le droit national peut donc largement évoluer sans se heurter à lui.

**« La nouvelle définition légale  
de la délégation de service public »**

**Conférence-débat du 5 mars 2002**

---

**QUESTIONS**

---

*[M. Martinand reprend la parole]*

Merci beaucoup. Je suis assez heureux d'entendre parler de court terme, long terme et des risques qui s'accroissent avec la durée des contrats. J'ai rédigé des notes dans ce sens il y a quelques années et j'avais rattaché cette notion à celle de la théorie du contrat incomplet : plus le contrat est long, moins il est complet. En découlent le principe de l'équilibre du contrat, la force majeure, etc. Cela ne résout pas totalement la question mais c'est une autre approche de la question, plus économique.

Il y a assurément une corrélation entre la durée des contrats et le risque pris. J'ajoute qu'il y a une continuité quasi totale entre les contrats des marchés de type *performancier* qui sont très évolués, et les contrats d'objectifs. On pourrait partir de ces critères pour établir une définition qui laisserait une plus grande latitude d'organisation de la prestation de service.

Je me tourne maintenant vers la salle.

*[M. Prades prend la parole]*

Juste une remarque à l'attention du professeur Auby.

J'ai trouvé sa communication tout à fait intéressante et notamment sa dernière proposition consistant à dire qu'il est préférable de rechercher la formule la plus adaptés à chaque type de situation, plutôt que de rechercher *in abstracto* l'opportunité d'une formule ou d'une autre.

Je crois que c'est cela la véritable réflexion moderne que doivent résoudre les responsables de la société en charge de ces questions.

Ma remarque concernant les risques sera la suivante.

Je crois personnellement que le risque est vraiment consubstantiel à la notion de délégation de service public. Pourquoi ? Parce que lorsque vous dites, M. le professeur, qu'un marché public comporte également un risque, comme la délégation, je ne suis pas tout à fait d'accord pour la raison suivante.

Les risques que comporte un marché public, qu'il s'agisse d'un marché de services ou d'un marché de travaux, sont des risques que l'on peut habituellement qualifier de risques économiques et dès que vous avez un risque qui dépasse le risque économique normal c'est-à-dire, par exemple, le fait que vous vous soyez un peu trompé dans votre bordereau de prix, par exemple lorsque vous découvrez une rivière souterraine lorsque vous faites une fondation d'ouvrage, à ce moment-là vous avez la possibilité "*d'avenanter*" le marché

et d'obtenir réparation. Alors que dans le système de la concession, le mot est très fort, on dit « risques et périls » du concessionnaire, c'est-à-dire que lorsqu'il prend le risque d'assumer pour plusieurs années la construction d'un ouvrage et son exploitation, ou un service, et qu'il y a des aléas considérables, le délégataire prend ça à sa charge parce que c'est la logique de la concession ; cela me paraît être une différence essentielle.

[Une voix]

Sauf théorie de l'imprévision.

[M. Mogno prend la parole]

Bien que la dernière approche du professeur Auby soit sans doute fondamentale et séduisante, je me pose des questions. Je vais rester tout à fait fidèle à la loi MURCEF et à la jurisprudence qui l'a précédée pour faire un petit constat qui va au-delà de la dénomination du critère, qu'on l'appelle de la rémunération ou du risque. Au-delà de cela, que regarde-t-on quand on a un cas sous les yeux ? J'ai l'impression que l'on regarde quelque chose de précis et quelque chose que l'on a encore jamais nommé nulle part.

Trois mots reviennent constamment dans la jurisprudence et dans la loi MURCEF : « exploitation » ou « conditions d'exploitation », « résultat » et « rémunération ».

Eh bien il me semble que ce que l'on regarde pour se faire une idée, c'est s'il existe des interrelations entre les trois, des relations de dépendance, c'est-à-dire que l'on se demande si la façon de gérer influe sur les résultats, si la façon de gérer influe sur la rémunération, si les résultats influent sur la rémunération, s'il y a peut-être une rétroaction de la rémunération sur la façon dont on gère et je trouve que dans la pratique c'est bien cela que l'on regarde et même en dehors de la jurisprudence. C'est à ces rapports que, selon moi, s'attache Catherine Bergeal dans ses conclusions. Alors regardez s'il y a des influences réciproques. Ce serait peut-être une piste que d'admettre que c'est cela qui définit dans le fonds la délégation.

[M. *Martinand* s'adresse à M. *Glaser*]

Vous allez peut-être réagir sur l'une ou l'autre de ces deux premières observations.

[M. *Glaser*]

Oui sur les deux observations qui viennent d'être faites. Je suis séduit par ce que dit le professeur Auby, mais pas totalement convaincu, parce que je crois que cette notion de risque est au contraire très présente. Outre le fait qu'on la retrouve maintenant dans le droit communautaire, ce qui limite notre champ d'action, cette notion de risque, pertinente économiquement, est au cœur même de la jurisprudence sur la délégation.

Par ailleurs, lorsque vous demandez "ce que regarde", moi j'ai compris "ce que regarde le juge". Ce que regarde le juge quand il a à qualifier un contrat de délégation ou de marché, et les conclusions que vous citez, comme celles de Catherine Bergeal dans SMITOM, le montrent bien, c'est la présence d'un risque. On regarde s'il y a un risque effectif pour

l'exploitant. Ainsi est pris en compte le fait que l'utilisateur d'eau n'a pas le choix de son fournisseur qu'il est un client captif.

*[M. Mogno].* Ce que l'on recherche est une relation entre la façon dont on gère et le comportement des usagers (sous-entendu si l'on gère mal, on prend le risque de perdre les clients). On appelle peut-être cela le risque, c'est une définition du risque, mais ce que l'on a sous les yeux c'est une conséquence, une interrelation.

*[M. Glaser]*

Je suis d'accord que c'est une interrelation qu'on regarde. Mais c'est une interrelation qui tourne quand même autour de la notion de risque.

Par ailleurs, substituer le critère de la durée poserait les mêmes questions en termes de détermination d'un seuil. Ce ne serait pas plus facile de déterminer si un contrat est une délégation à partir de un, trois ou cinq ans. Je ne suis pas sûr que ce soit beaucoup plus pertinent.

*[M. Martinand reprend la parole]*

M. Bassi vous souhaitez intervenir.

*[M. Bassi prend la parole]*

Juste deux mots à ce sujet.

Je souscris à ce qui vient d'être dit. En effet, si en pratique l'on peut nous reprocher d'avoir une approche un peu simpliste, nous considérons que nous ne pouvons pas faire autrement.

En considérant ce que M. Mogno vient de dire, j'ai essayé de placer les trois mots en question (« exploitation », « résultat », « rémunération ») chaque fois dans les trois combinaisons possibles. A mon avis, cela revient toujours à la question : est-ce que le concessionnaire supporte un risque d'exploitation qui va au-delà du risque normal ? Un risque qui va au-delà du risque normalement supporté par le prestataire du service ou par l'entrepreneur dans le cadre d'un marché public ? En effet, le risque d'exploitation dans le cadre d'une concession est lié à l'incertitude quant à l'existence d'un revenu.

*[M. Auby prend la parole]*

*Oui d'autant que l'on a dit à plusieurs reprises que la délégation de service public était avant tout un contrat et que le critère du risque me paraît le critère le plus à même de mettre en évidence, de la commune intention des parties - parce que l'on oublie un peu trop souvent la commune intention des parties dans cette affaire-là. Et finalement le critère du risque, c'est sans doute celui qui met le plus en évidence la volonté des parties, du moins celui qui est le plus en phase avec la volonté des parties et ça rejoint un peu l'idée d'interrelation qu'évoquait M. Mogno à l'instant.*

*[M. Descours, Sénateur honoraire]*

Oui. Moi je suis un élu.

Il y a vingt ans que je suis élu local et je voudrais vous dire d'abord une première chose : lorsque j'étais président de la Fédération Nationale des Sociétés d'Économie Mixte, il y a à peu près dix ans, j'avais organisé un débat après la promulgation de la loi Sapin.

Il y avait, si ma mémoire est bonne, des professeurs de Montpellier, un président de Chambre régionale des comptes et un autre de Clermont-Ferrand.

Ils étaient autant d'accord que vous, c'est-à-dire pas du tout.

Comment ça se passe concrètement dans les collectivités locales ? C'est nous qui signons les marchés et les éminents fonctionnaires de la DGCCRF ne sont pas tous professeurs de droit. Donc, ils sont extrêmement embêtés et le Préfet aussi. De temps en temps il défère, et de temps en temps ils ne défèrent pas.

Mais cela a des conséquences politiques. Lorsqu'une majorité passe un contrat et que la DGCCRF dit au préfet qu'il faut déférer, il défère. L'affaire peut revenir quatre ans après d'ailleurs. Politiquement, l'opposition peut s'écrier : « Ah, on vous l'avait bien dit, tout ça, ce sont des magouilles ».

Même si c'est de l'insécurité juridique, cela devient de l'insécurité politique et ça c'est quelque chose où j'aurais souhaité — pardon M. Glaser — que la loi MURCEF (j'étais sénateur quand on l'a votée, enfin on ne l'a pas votée tout à fait comme l'aurait voulu l'Assemblée nationale), sorte de l'insécurité juridique. Le débat de ce soir nous montre que l'on n'est pas sorti de l'insécurité avec la loi MURCEF et ça c'est un petit peu ennuyeux. Je pense que les avocats auront beaucoup de grain à moudre dans les années à venir.

*[M. Glaser]*

Ah non là, je ne suis pas d'accord. Je suis conscient que l'on est pas totalement sorti de l'insécurité juridique. Le débat de ce soir est là pour le prouver et la jurisprudence devra encore s'affiner.

Mais je crois, que ce que vous souhaitez n'est hélas pas possible. Si je comprends bien, vous souhaitez une situation dans laquelle aucun contentieux n'est possible parce que toutes les décisions sont d'une certaine façon tellement évidentes et conformes à la loi qu'elles sont incontestables. Je crois que ce serait l'idéal....

*[M. Descours]*

Pardons Monsieur, de vous interrompre. Je lisais hier ou avant hier l'écho d'un président de Tribunal administratif qui nous a envoyé les résultats de son activité pour 2001 et je constate qu'elle augmente.

*[M. Glaser]*

Il ne fait quand même pas que les marchés publics, j'espère.

*[M. Descours]*

Je n'ai pas regardé le détail

*[M. Glaser]*



Par ailleurs, je crois qu'il ne prend pas en compte nécessairement dans ses statistiques, les nouveautés introduites par le nouveau code des marchés publics et la définition qui est introduite ici, qui doivent être lues ensemble. Le nouveau code vise à éviter une grosse partie des risques et des incertitudes qui existaient et qui étaient sources de contentieux pour les collectivités qui, très clairement, ne visaient pas à violer la loi.

Enfin pour donner une expérience personnelle, il n'y a pas que les collectivités locales qui passent des marchés. J'ai moi-même été contraint, au Ministère des Finances, de passer un marché avec un autre sous-directeur de la même direction que la mienne, Alain Tessier, qui a rédigé le code des marchés publics et je dois dire que sous l'empire de l'ancien code nous avons passé un marché et chaque jour nous nous posions des questions dont nous nous disions qu'elles pouvaient nous traîner, un jour, devant le juge pénal.

Et chaque jour, nous nous le disons, mais nous ne savons pas exactement comment il faut faire et ce qu'il faut exactement appliquer. Le but du nouveau code est, quand même, de simplifier le plus possible. Je crois que de ce point de vue-là, on devrait voir à l'expérience que c'est un succès. Et la définition de la délégation doit être lue en liaison avec cela.

*[Mme Rigolot]*

Une question un peu iconoclaste. Est-ce que l'on ne pourrait pas admettre qu'il y ait une zone de recouvrement entre la DSP et le marché et que finalement l'intention clairement exprimée par les parties de dire qu'elles ont décidé de faire une DSP ou un marché, serait admissible en droit, ce qui limiterait les cas d'annulation qui sont, il faut le reconnaître, très gênants.

*[M. Glaser]*

Je comprends bien votre idée, mais je crains que cela n'aboutisse systématiquement à faire qualifier de délégation ce qui fait partie de la zone de recouvrement dont vous parlez. Parce que très clairement, le problème est que, dans la délégation, il n'y a surtout que des règles de forme c'est-à-dire de procédure de passation, alors que dans les marchés il y a des règles de fond, substantielles.

*[Mme Rigolot]*

Oui, mais la collectivité peut préférer un marché ou une délégation suivant les objectifs de gestion des services publics qu'elle se fixe.

*[M. Martinand]*

Au moins, dans un marché on ne peut pas négocier. Dans une délégation, j'ai tendance à dire qu'il faut au contraire négocier pour vérifier qu'il n'y a pas d'incertitude, d'aléa inutile.

*[Mme Rigolot]*

Si la collectivité veut juger sur le prix, elle fera un marché, si elle veut quelque chose de plus souple et performant, elle choisira une délégation de service public.

*[M. Castera]*

J'aurais voulu que M. Bassi s'exprime un peu plus nettement sur la probabilité, et à quelle échéance, d'une directive européenne sur les délégations de service public.

*[M. Bassi ]*

Je n'ai malheureusement pas de boule de cristal. Parce que vous savez, c'est un débat politiquement sensible. Je sais que nous sommes entre amis ici, parce que je sais que les Français en ont depuis toujours été assez partisans tant au niveau du gouvernement, qu'au niveau des représentants, des élus, etc, d'une initiative législative en matière de concessions de services. Mais malheureusement, on n'est pas les seuls, nous et vous. Il y a encore quatorze États à mettre d'accord, sans compter les nouveaux.

L'intervention de tout à l'heure me fait réfléchir au débat éternel entre sécurité juridique et souplesse. Bien sûr, la sécurité juridique c'est plus de règles, mais plus de règles, c'est moins de souplesse. Certains États membres que je ne nommerai pas sont partisans de la souplesse ; ils préfèrent vivre dans l'insécurité juridique parce que dans cette insécurité juridique, ils ont plus de liberté. Nous nous battons contre ça. Nous sommes favorables à une directive, mais encore une fois malheureusement, ce n'est pas nous qui décidons. Nous pouvons la proposer, mais il y a aujourd'hui quinze, bientôt probablement vingt-cinq, délégations qui doivent se mettre d'accord, non seulement sur le fait d'avoir une directive, mais aussi sur son contenu.

Dans la directive « services », nous avons — enfin, je n'étais pas là à l'époque — ..., la Commission avait proposé une définition de concession de services, soumise à un "régime flexible" comparable à celui qui existe dans la directive « travaux ». Mais les États membres n'en ont pas voulu, notamment la France. Vous pouvez consulter les travaux préparatoires, ils sont publics.

Donc, nous sommes partisans d'une directive . Alors, Pourquoi attendre ? Eh bien parce qu'on estime que si nous lançons le projet maintenant, compte tenu du débat auquel on assiste autour de la table des négociations pour la réforme des directives « marchés publics », l'initiative pourrait être vouée à l'échec. Nous attendons que les esprits soient mûrs. Sincèrement, je ne vais pas dévoiler de secrets en disant que nous avons « occupé le terrain » avec la communication interprétative. Si vous avez la loi Sapin depuis 1993, sachez qu'il y a des États membres qui disent encore que les services d'intérêt général n'ont pas à être mis en concurrence.

Enfin, comme je vous l'ai dit, c'était un travail dans lequel l'expérience française a joué un rôle fondamental. Franchement, je ne le dis pas parce que l'on est en France, mais parce que tout le monde le sait. Et je veux dire que si la communication a été reçue comme quelque chose de tout à fait normal en France, parce que vous aviez déjà la loi Sapin, eh bien je vous assure que cela n'a pas été le cas dans d'autres États membres. Donc nous attendons que le message soit passé, que le jeu se calme. On a eu la chance — je l'ai dit ultérieurement — que la Cour quelques mois après l'adoption de la communication interprétative ait confirmé explicitement son approche dans l'arrêt Tealustria. Maintenant c'est la Cour qui dit que les concessions (aussi de services)

doivent être octroyées par mise en concurrence, ce n'est pas les méchants de la Commission, mais c'est la Cour, et donc ceci donne une autre envergure au propos.

Eh bien maintenant, même si le temps commence à mûrir, nous estimons que le moment n'est pas encore arrivé. Mais, je vous assure, l'on a exactement le même objectif

*[M. Glaser]*

La France a effectivement exprimé à la Commission qu'elle était favorable à l'élaboration d'une directive sur le sujet. Un tour de table avait été fait lors du groupe marché public sur ce sujet, où l'on avait constaté ce qui est dit aujourd'hui, c'est-à-dire que la France est favorable à des directives sur les concessions.

Mais si elle se rend bien compte qu'à quinze, les directives sur les concessions, seront négociées au moins durant plusieurs années, à vingt-cinq ce sera bien pire. C'est pour cela que la France était favorable — elle n'a pas été suivie par la Commission sur ce point — à ce que dans le "paquet législatif" on fasse un minimum qui nous permette au moins de stabiliser les conséquences de l'arrêt *Telaustria*.

Si cet arrêt confirme un peu ce que dit la Commission dans sa communication, il suscite aussi beaucoup d'interrogations. Par exemple des amendements parlementaires sur le "paquet législatif" conduisent à supprimer les seuils dans les directives. Les auteurs de ces amendements considèrent que les règles du traité étant applicables quoiqu'il arrive, la publicité adéquate en dessous des seuils est la même qu'au-dessus des seuils.

Cela revient à supprimer tous les seuils dans les directives, et à considérer qu'elles sont applicables au premier euro.

Cet amendement-là est une conséquence de l'arrêt *Telaustria*. C'est une lecture extrême et, à mon avis, infondée de l'arrêt *Telaustria*. D'où l'idée que nous avons de mettre dans le "paquet législatif" le minimum nécessaire pour stabiliser la situation en matière de concession, ce qui n'excluait pas que dans vingt-cinq ou trente ans, on fasse une directive sur les concessions, car je ne suis pas certain que la Commission, même avec le soutien actif de la France, arrive à faire une directive sur les concessions dans les trois ou quatre ans qui viennent et je suis encore moins certain de ce qui se passera en 2004.

*[M. Lorrain]*

A partir du moment où l'on présente le « droit des concessions », le problème est déjà connoté.

Quand on emploie ces termes-là, ce sont des termes qui ont du sens dans un esprit formaté au droit public français, mais pour un Suédois... M. Bassi rappelait que l'on travaille avec quinze ordres juridiques différents. L'un des problèmes intellectuels que nous avons c'est en fait d'inventer une grammaire et des mots qui soient suffisamment universels tout en étant assez précis pour être acceptables pour les autres. « Autorité organisatrice », « opérateur », ce sont des mots totalement neutres. Si vous racontez ça à un Chinois ou un Américain, il a parfaitement compris. Sur le fond il y a un vrai travail à conduire et je trouve que ce que

M. Bassi a dit est très intéressant parce que je pense que la solution se trouve quelque part à la frontière entre les catégories du droit et de l'économie.

*[M. Roger Machart]*

Je vais revenir sur la définition même. Est-ce que l'on a des explications ou un début de justification sur la petite différence qui existe entre la définition jurisprudentielle et la définition retenue par la loi MURCEF et notamment le fait que dans la jurisprudence on parle de rémunération substantiellement assurée et que là on est retombé sur une notion de rémunération substantiellement liée ? J'ai presque envie de dire, sans être très provocateur, que dans un marché à bons de commande, on serait presque également en situation de rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, mais pas assurée. Alors, est-ce qu'il y a un sens ou pas sur cette vraie distinction, est-ce qu'elle a été précisée, sachant qu'à l'époque le premier commentateur de la jurisprudence, qui était par ailleurs membre du Conseil d'Etat, avait bien noté cette distinction.

*[Autre intervenant]*

Il y a toujours du sens peut-être, mais moi je crois qu'il n'y a pas de sens volontaire, en tous cas, de même que je ne pense pas qu'il y ait de sens entre la rédaction de l'arrêt *Préfet Bouches-du-Rhône* et les conclusions de Christophe Chantepy. Je ne crois pas qu'il y ait de différences entre la définition jurisprudentielle et la loi et je crois que, là encore, si l'on revient aux conclusions tant de Christophe Chantepy à l'époque que de Catherine Bergeal depuis, on voit bien que ce qui compte c'est le risque d'exploitation ; alors qu'on dise assuré ou lié, je ne crois pas que cela soit essentiel.

*[M. Roger Machart]*

Je voudrais sortir du débat franco-français ou même franco-européen pour, comme l'un des intervenants, en venir aux pays tiers et poser la question de savoir en quoi le concept français de délégation de service public est exportable aux pays tiers et en quoi il se différencie du PPP ou PFI.

Cela me paraît assez fondamental parce que nous avons un modèle qui est très prisé par la plupart des pays émergents, et qui correspond bien à leurs problèmes. Qu'une autorité publique puisse déléguer à une entreprise, un exploitant « privé » (privé ou public ce n'est pas la question) professionnel des missions de service public, ça c'est bien compris ; dans l'expérience à l'international, EDF ça marchait très bien. Donc, en quoi ce concept est-il effectivement exportable en pays tiers et en quoi se différencie-t-il des PPP, ou PFI ?

*[M. Martinand prend la parole]*

Je vais donner une réponse parce que j'ai été, dans une vie antérieure, dans une trentaine de pays qui ont voulu étudier non pas le modèle mais l'expérience française. Alors justement, la sémantique est extrêmement importante. Il faut adapter les mots que l'on utilise au contexte de chaque pays. Quand je suis en Chine, j'ai un peu de mal à savoir comment le concept est traduit, mais j'ai quand même tendance à parler de maîtrise publique et de gestion d'entreprise, publique ou privée ; il y a encore beaucoup d'entreprises publiques chez eux. Dans d'autres pays je vais utiliser le mot PPP, que je

trouve détestable parce qu'il a l'air de « symétriser » si j'ose ce néologisme, le public et le privé.

Or il n'en est rien. Dans notre conception, il y a une autorité publique, une autorité organisatrice d'un côté et un opérateur privé ou public de l'autre. Sinon, on est dans l'économie mixte à la française dont je vous prie de m'excuser de dire qu'autrefois elle a pu être un peu confuse ; au lieu de clarifier l'idée qu'il y a des gens qui fixent des objectifs et d'autres qui exploitent selon ces objectifs et en fonction de leur savoir-faire, l'économie mixte peut n'être qu'un mélange de capitaux dans des conditions qui ne sont pas toujours totalement efficaces.

Ce qui m'intéresse dans le PFI, c'est qu'il converge avec notre doctrine, qu'il y a un rapprochement manifeste. Quant aux B.O.T., ce sont de vulgaires financements de projet comme on faisait dans le pétrole et moi je m'efforce d'expliquer aux Chinois que tant qu'ils feront des B.O.T., ça leur coûtera très cher et que ça n'a aucun intérêt d'aller chercher des groupes étrangers pour leur construire une usine d'eau. Ce qui compterait, ce qui serait positif, ce serait de déléguer la gestion d'ensemble avec le contact direct de l'opérateur avec les usagers parce que c'est là que l'on aurait les gains majeurs, le transfert du savoir-faire de l'exploitant et l'utilisation de l'expérience française la plus efficace, la plus utile.

Cela fait dix ans qu'on répète ces choses aux Chinois et j'ai appris qu'ils ont enfin lancé cela sur Pudong, dans le quartier nouveau de Shanghaï, une opération étatique; une consultation est en cours pour la gestion déléguée des diverses « utilities » comme diraient les Anglo-saxons, mais complexes, c'est-à-dire avec le contact avec le client final, avec l'usager. C'est une percée importante à mes yeux, parce que je vous l'ai dit, à chaque fois que l'on voit des Chinois, on leur dit, vos B.O.T. ça n'a guère d'intérêt, ce sont des montages anglo-saxons qui coûtent cher parce que vous avez recours à de l'argent cher. Copiez une fois et passez-vous en après, mais venez nous faire travailler parce que l'on peut vous apporter des contrats novateurs et on va vous apprendre à pêcher en quelque sorte, selon la formule connue.

Bien, y a-t-il une ultime question avant que je conclue ?

*[M. Mogno]*

On peut avoir une question freudienne sur le nominalisme ou le substantialisme ? Monsieur Roger Machart a fait remarquer que le terme « assuré » avait été remplacé par le terme « lié ». Je vous rappelle que ma petite intervention de tout à l'heure portait sur les interrelations. « Relations » et « lié », il y a quand même une analogie troublante.

*[M. Martinand reprend la parole]*

Je ne vais pas conclure ; je pensais que l'empoignade serait beaucoup plus vigoureuse. Je trouve qu'il y a une relative convergence sur ce que l'on a entendu ce soir de quatre personnalités différentes.

Je crois que l'on a fait œuvre utile par ce que l'on a pu constater, à part les idées un peu programmatiques disons, futuristes de M. Auby, on est resté dans des choses assez convergentes, ce qui est plutôt satisfaisant pour l'esprit. Mais je voudrais témoigner. En tant que Président de R.F.F., je suis le plus important maître d'ouvrage de travaux publics

en France en ce moment, par le chiffre d'affaires, 1,5 milliards d'euros par an, et en plus je suis candidat à une concession franco espagnole avec mon collègue espagnol le GIF La semaine dernière, j'ai fait une revue de projets afin de savoir ce que l'on allait répondre pour chaque item, « quel est le risque que je cours sur les travaux ? », « est-ce que la manière dont on a prévu de faire les travaux, leur évaluation minimisent le risque sur les coûts de fonctionnement d'exploitation », « quel est le risque de m'être trompé ?, sur le mode de financement, sur les trafics" ?. C'est vraiment "la loterie complète" en l'occurrence. Parce l'opérateur n'a aucune capacité d'influence sur les trafics. C'est vraiment un cas qui n'aurait pas dû relever d'une concession, mais il y a eu un Traité.

Donc, je veux dire que la notion de risque est consubstantielle à la notion de concession ou de gestion déléguée. C'est cela que regarde le jury en particulier si les concurrents ont pris des risques excessifs dans leurs offres; comme j'ai l'habitude de le dire, il faut écarter les "kamikazes" et les "margoulins". Il faut savoir choisir celui qui a répondu honnêtement, a pris des risques qui relèvent de sa capacité à les couvrir soit par ses entrepreneurs, ses financiers ou ses exploitants.

Ceux qui sont opérationnels sur le terrain ont les idées assez claires sur le sujet. Alors ils sont plutôt contents de voir cette notion de risque apparaître à Bruxelles et en filigrane dans les définitions françaises.

Je ne vais pas plus loin parce que je ne suis qu'un ingénieur. Je ne suis pas juriste, je ne veux pas dire de bêtises.

Bonsoir et merci à l'ensemble des intervenants, participants et organisateurs de cette conférence.