

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les conventions de délégations de service public

GROS MANUEL
KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : GROS (M.), KALFLÈCHE (G.), « Les conventions de délégations de service public », *Jurisclasseur Collectivités Territoriales*, 2004.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les conventions de délégations de service public

POINTS-CLES

1. - L'objectif de la délégation de service public est de **faire financer par un partenaire privé** l'organisation d'un service public (V. n° 3).
2. - La distinction est difficile mais nécessaire d'avec les **marchés publics** (V. n° 32).
3. - Le **droit communautaire** ne connaît pas la notion de "délégation de service public". En revanche, il connaît celle de "concession" (V. n° 37).
4. - La **procédure de passation** des délégations de service public associe une certaine forme de **mise en concurrence** avec une **liberté de négociation** et de choix de la part de la collectivité (V n° 59).
5. - La délégation de service public est soumise à un **contrôle juridictionnel** rapide par le **référé pré-contractuel** (V. n° 113).

INDEX

Affermage, n° 52
Association, n° 11
Avenant, n° 87 à 94
Bail emphytéotique, n° 57
Cession, n° 104
Concession, n° 21, 49, 51
Durée, n° 23, 95 à 102
Établissement public, n° 15
Gérance, n° 36
Imprévision, n° 87
Monopole, n° 44
MURCEF, n° 1, 4, 7, 8, 32, 34, 75
Plage, n° 21
Police, n° 30
Référé, n° 113
Régie intéressée, n° 54
Service public administratif, n° 20
– – industriel, n° 20
Société d'économie mixte locale, n° 10
Subdélégation, n° 105

Introduction

1. – Situation textuelle - La notion juridique de délégation de service public est apparue récemment,

d'abord dans l' article 19 de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale (*JO 8 févr. 1992 p. 2065*), puis et surtout dans les articles 38 et 40 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Cette loi couramment appelée loi "Sapin" a été codifiée dans le Code général des collectivités territoriales aux articles L 1411-1 et suivants, sauf pour les articles L. 1411-9 issus de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 et les articles L. 1411-13 à 17 issus de la loi n° 92-125 du 6 février 1992. C'est aux seules dispositions du code qu'il faut aujourd'hui faire référence, notamment du fait de leur modification par des textes ultérieurs. Bien entendu, les dispositions des articles R. 1411-1 et suivants viennent préciser la partie législative.

La définition légale des "délégations de service public" n'a par ailleurs été fixée que dans l'article 3 de la loi MURCEF (*L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : JO 12 déc. 2001, p. 19703*), même si la jurisprudence et la doctrine étaient rapidement venues préciser cette nouvelle expression après la loi "Sapin" du 29 décembre 1993 (pour une première application, *CE, 15 mai 1994, Synd. intercnal des transports publics de la région de Douai : Juris-Data n° 1994-048855 ; Rec. CE, tables p. 1033*).

Par ailleurs, on ne saurait oublier l'article 121-2 du nouveau Code pénal qui se réfère aux activités pouvant faire l'objet de conventions de délégation de service public pour déterminer le champ d'application de la responsabilité des collectivités locales et de leurs groupements.

Enfin, le droit communautaire a, lui aussi, réglementé une partie des concessions de service public en les soumettant à des procédures de passation dans des cas bien déterminés. La directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JOCE n° L 199, 9 août 1993, p. 54-83*) assimile en effet les délégations de services publics qui obligent le cocontractant à effectuer des travaux à des "concessions de travaux" au sens de son article 1 *d*) et les soumet, au delà d'un seuil fixé aujourd'hui à 5 millions d'euros à des procédures de publicité communautaire.

2. – Origine des délégations de service public - Si la notion est récente, la pratique de la gestion déléguée des services publics, c'est-à-dire le fait pour une personne publique de faire gérer un service public par une personne privée, remonte au contraire aux sources du droit administratif. Dès l'Ancien Régime, on trouve des contrats de ce type pour permettre au roi de faire des grands travaux en les faisant financer par des personnes privées contre des privilèges. C'est notamment par ce mécanisme juridique qu'ont été asséchés de nombreux marais et creusés les canaux fluviaux du sud de la France. Si ces contrats sont, dans leurs principes, proches des conventions de délégation de service public d'aujourd'hui, on ne peut à notre avis faire l'amalgame entre ces anciens contrats et ceux utilisés actuellement. Sur certains points, les différences sont telles que la comparaison paraît abusive. Par exemple, on constate que le cocontractant n'était que rarement contrôlé par le roi dans l'exercice de la gestion du service et surtout qu'il était bien souvent propriétaire de l'ouvrage qu'il avait construit, même après le contrat (pour une opinion contraire et une assimilation de ces contrats avec les délégations d'aujourd'hui, *X. Bezançon, Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique : Paris, 1999, LGDJ. Bibliothèque de droit public, t. 206*).

Le XIXe siècle va pour sa part être le grand siècle de la gestion déléguée. C'est en effet à cette époque que vont être conclues toutes les grandes concessions qui vont permettre l'avènement de la France moderne : c'est de cette manière que se développeront les transports ferroviaires, le chauffage urbain, l'éclairage public au gaz puis à l'électricité, l'eau courante ou les transports urbains. La crise économique à la fin de l'entre-deux guerres obligera à des nationalisations (la SNCF par exemple) qui seront poursuivies à la fin de la guerre (avec la création d'EDF et GDF). Sur le plan juridique, cette période s'est traduite par la mise en place d'un modèle de la gestion déléguée à travers le contrat de concession, contrat administratif par

excellence avec les marchés de travaux publics.

Depuis une trentaine d'année, les concessions se sont de nouveau développées dans un souci principal de financement d'infrastructures. Ce phénomène a d'abord touché l'État qui a notamment créé et étendu le réseau autoroutier par ce biais, puis l'utilisation de la gestion déléguée s'est développée dans les collectivités locales avec la décentralisation. Pourtant, le modèle de la concession était mis à mal par la difficulté de trouver des infrastructures susceptibles de s'autofinancer complètement. Cette difficulté, sensible surtout au plan local, conduisait à développer les subventions d'équipement, d'exploitation ou d'autres modes de financement parallèles à ceux fondés sur la rémunération par les usagers. C'est dans ce contexte que la loi "Sapin" du 29 janvier 1993 est venue développer le contrat de "délégation de service public", à la fois pour encadrer et rationaliser les délégations, pour lutter contre les corruptions qu'elles engendraient et pour élargir le cadre de la gestion déléguée.

3. – Gestion déléguée et collectivités locales - L'utilisation des délégations de services publics par les collectivités locales procède avant tout de considérations financières. L'objectif est de faire financer par un partenaire privé l'organisation d'un service public et éventuellement les investissements nécessaires à l'activité elle-même, tout en conservant un contrôle sur l'activité, aussi bien sur sa qualité que sur son coût pour les usagers.

Le développement actuel des missions des collectivités locales ou de leurs groupements va vraisemblablement encore augmenter le recours à ce type de contrats : télévision par câble, développement de réseaux informatiques, notamment avec l'accès à l'Internet sans fil, mais aussi accroissement des préoccupations environnementales – traitement des déchets ou gestion des eaux usées –, développement des transports urbains – tramways, parcs de stationnement – ou enfin développement culturel – centres de congrès, parcs d'expositions. À cela il faut ajouter des activités plus classiques : droits de place dans les halles et marchés, cantines scolaires, éclairage public ou réseau d'eau potable. En réalité, plus une collectivité veut être interventionniste, plus elle veut créer de service public, plus elle va avoir recours à la gestion déléguée pour bénéficier du contrôle sans alourdir ses services et le coût de ses interventions. Pour autant, les délégations de service public ne sont pas le mode à la fois simple et peu coûteux de gestion des services publics que certains veulent bien présenter. La loi Sapin a au contraire été source d'un renforcement important des procédures dans le dessein déclaré de lutter contre la corruption qui existait en la matière (*Rapp. au Premier min. de la Commission de prévention de la corruption présidée par Robert Bouchery Prévention de la corruption et transparence de la vie économique : Paris, Doc. fr., 1993*). Là où, avant 1993, les collectivités publiques pouvaient choisir librement leur cocontractant privé, la loi Sapin a apporté une procédure lourde et contraignante sur le modèle de celle qui existait dans le cadre des marchés publics.

I. – Notion de délégation de service public et sous-catégories de contrats

4. – Une notion juridique - La notion de délégation de service public n'est plus seulement une appellation générale pour regrouper les cas dans lesquels une personne publique transmet, délègue l'une de ses missions à une personne privée, elle est devenue une notion juridique stricte à laquelle s'applique un régime de passation. De plus, cette notion mérite doublement d'être précisée puisqu'elle est identifiée de la même manière par le juge pénal pour l'application de l'article L. 121-1 du nouveau Code pénal comme tend à le prouver les jurisprudences récentes (*Cass. crim., 12 déc. 2000 : Bull. crim., n° 371 ; Gaz. Pal. 22-23 déc. 2000, note Petit ; Rev. sc. crim. 2001, p. 157, note Mayaud et p. 372 obs. Bouloc ; Dr. pén. 2001, comm. n° 43, obs. Véron. – Solution inverse, Cass. crim., 11 déc. 2001 : Bull. crim., n° 265 ; D. 2002, inf. rap. p. 620 ; Dr. pén. 2002, comm. 39, obs. Véron. – CA Amiens, 9 mai 2000 : Gaz. Pal. 9-11*

juill. 2000, p. 42 note Petit).

La loi MURCEF du 11 décembre 2001 est venue simplifier les questions doctrinales qui se posaient sur la consistance de cette notion de "délégation de service public" en en donnant une définition légale : Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être en charge de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

A. – Critères des délégations de services publics

1° Parties au contrat

5. – Les délégations de services publics telles qu'elles sont définies à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales sont toutes des contrats. Les parties à ce contrat doivent par ailleurs remplir un certain nombre de critères, même si la loi exonère des procédures de publicité une partie des cocontractants habituels des collectivités locales.

a) Exigence d'un contrat

6. – L'article L. 1411-1 commence par cette exigence : la délégation de service public doit être un contrat. Une partie des auteurs précise d'ailleurs que le Code général des collectivités territoriales ne traite que des conventions de délégation de service public pour les distinguer des délégations unilatérales (par exemple, Ph. Terneyre, *La notion de convention de délégation. Éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire* : AJDA 1996, p. 588. – D. Laurent et O. Rousset, *Convention de délégation de service public local et loi Sapin* : Petites affiches 11 mars 1994, n° 30, p. 4). Il ressort de cette exigence légale que les délégations unilatérales ne sont pas soumises aux procédures de publicité du Code général des collectivités territoriales (par exemple TA Paris, 27 juin 2000, Centre cardiologique du Nord : Petites affiches 26 janv. 2001, p. 9, note P. Fraisseix), ce que les travaux préparatoires de la loi Sapin établissaient eux aussi. Deux avis du Conseil d'État étaient d'ailleurs venus préciser ce point à propos des transports publics de voyageurs en Île-de-France (CE, sect. TP, avis adm., 9 mars 1995, n° 356931 : EDCE 1995, p. 399) et des autorisations de transport de gaz et des chutes hydro-électriques (CE, sect. TP, avis adm., 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263 : EDCE 1995, p. 402).

b) Délégants

7. – **Personnes morales de droit public** - Les personnes pouvant déléguer des services publics sont définies par l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales comme devant être des personnes morales de droit public. Les collectivités locales en cause peuvent par conséquent être des régions, des départements ou des communes, mais aussi des établissements publics locaux, qu'ils soient intercommunaux ou qu'ils soient rattachés à une collectivité territoriale unique. À la suite de Ph. Terneyre (in *La notion de convention de délégation* : AJDA 1996, p. 588), on ne peut que noter la résistance du droit français face au droit communautaire, ce dernier ne s'intéressant pas à la nature publique ou privée de la collectivité. La loi MURCEF est pourtant restée dans la lignée de la jurisprudence antérieure sur ce point.

c) Délégataires

8. – Personnes privées et publiques - L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales tel qu'il est issu de la loi MURCEF est venu sur ce point résoudre une question que se posaient la plupart des praticiens et auteurs, à savoir la possibilité de voir une délégation de service public conclue entre personnes publiques. La situation est aujourd'hui claire : le cocontractant délégataire peut aussi bien être une personne privée – physique ou morale – qu'une personne publique. Là encore, des réponses ministérielles s'étaient prononcées dans ce sens (pour une analyse de celles-ci *J.-D. Dreyfus, Actualité des contrats entre personnes publiques : AJDA 2000, p. 575*) mais la situation avant 2001 restait mal assurée. On ne peut aujourd'hui que se satisfaire d'un rapprochement clair entre les personnes pouvant être délégataires et celle pouvant être titulaires d'un marché public.

9. – Personnes privées - Les personnes privées délégataires sont souvent des sociétés commerciales. Elles peuvent bien entendu être créées dans le seul but de remplir la mission déléguée, elles le sont d'ailleurs souvent comme filiales de grands groupes de services. Mais les difficultés ne portent pas sur ces contrats "classiques" mais bien plus sur ceux qui impliquent des "entreprises" à statut privé contrôlées par les collectivités locales.

10. – Il en est notamment ainsi lorsque le cocontractant est une société d'économie mixte locale (SEML) créée en application des articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du Code général des collectivités territoriales (issus à l'origine de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983). Le projet de loi Sapin, constatant que les SEML étaient un mode classique de délégation de service public pour les collectivités locales, contenait une clause excluant les SEML des procédures de publicité. Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition en estimant qu'il portait atteinte au principe d'égalité (*Cons. const., 20 janv. 1993, déc. n° 92-313 DC : JO 22 janv. 1993, p. 1118 ; RFD adm. 1993, p. 902, note D. Pouyaud ; Petites affiches 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RFD const., p. 375, note L. Favoreu*) À la suite de C. Devès (*in Société d'économie mixte et gestion déléguée : Dr. adm. 1997, chron. n° 13 et 16*), on peut en effet remarquer que reconnaître cette exception aurait rapproché fortement le statut des SEML et des établissements publics locaux, alors que ces derniers sont le mode normal de gestion indirecte des services publics et que c'est pour cette raison qu'ils ont un statut de droit public. À l'inverse, les SEML n'ont qu'un statut privé parce qu'elles sont à la fois plus qu'un mode de gestion déléguée mais aussi qu'elles ne doivent pas avoir un droit à être le mode normal de gestion déléguée, elles doivent rester soumises au marché concurrentiel. Il faut reconnaître qu'en pratique, la SEML constitue un moyen pratique pour la personne publique de n'investir que le minimum – contrairement à la gestion par établissement public – tout en conservant un contrôle maximum sur la gestion du service. On peut rester optimiste et espérer que cette volonté des collectivités doit les pousser à faire proposer à leurs SEML des offres mieux étudiées que celles de leurs concurrents. La décision du Conseil constitutionnel serait alors un moyen d'amélioration du service public (pour un parallèle avec les marchés publics, *J.-D. Dreyfus, Les prestations de services confiées aux SEML sont soumises au Code des marchés publics : AJDA 2002, p. 394*, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2002, "Département des Côtes-d'Armor").

11. – Les associations sont les autres personnes privées régulièrement utilisées comme délégataires par les collectivités locales, et ce depuis bien longtemps (pour ne citer qu'un arrêt parmi les plus connus, on peut se reporter à *CE, ass., 20 déc. 1935, Éts Vézia : Rec. CE, p. 1212 ; RD publ. 1936, p. 119, concl. R. Latournerie*). La jurisprudence postérieure à la loi Sapin continue à accepter que les associations bénéficient des délégations contractuelles de service public mais elle soumet la passation du contrat aux procédures de publicité comme n'importe quelle autre délégataire. Les deux principales questions qui se

posent à propos des associations se concentrent autour de la rémunération. La première porte sur la nécessité posée par l'article L. 1411-1 de voir la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Or, un grand nombre d'associations ne sont financées que par des subventions communales ou départementales et non par les usagers. Cette circonstance suffit à elle-même pour que les associations soient considérées comme des prestataires de services et que leurs contrats soient des marchés publics de service et non des délégations de service public. On ne saurait trop conseiller aux collectivités locales de prévoir des subventions qui sont fonction des activités de l'association, notamment dans le secteur social où les résultats financiers sont faibles, afin de ne pas commettre une illégalité. Toutefois, et c'est la deuxième précision, on peut noter que sauf cas particulier (clubs sportifs importants et dans des sports très populaires), elles peuvent bien souvent rentrer dans l'exception de l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales du fait des faibles sommes en jeu (sur cette question, *Fialaire, La délégation du service public local aux associations : Petites affiches 22 août 1997, p. 3 à 9*).

12. – Ajoutons que les entreprises en cours de constitution qui n'ont pas encore la personnalité morale peuvent se porter candidates à l'attribution d'une délégation de service public. Le texte requiert en effet que le cocontractant de l'Administration ait la personnalité morale mais pas forcément celui qui pose sa candidature (*TA Nantes, 6 nov. 2001, Françoise Marchand, req. n° 99-3636 : BJCP 2002, p. 160*).

13. – Personnes publiques - les personnes publiques peuvent aujourd'hui être cocontractantes d'une autre personne publique dans le cadre d'une délégation de service public comme dans celui d'un marché public. Bien entendu, il faut alors que la délégation remplisse toutes les autres conditions, et notamment la condition qu'elle se fasse par contrat. Si tel est le cas, la personne publique doit de surcroît être dans une situation concurrentielle comparable à celle d'une personne privée.

14. – Il ne faut pas confondre délégation de service public et transfert de compétences. Ainsi, la transmission de compétences entre une commune et un établissement public de coopération intercommunal dans le cadre des articles L. 5210-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ne saurait s'analyser en une délégation de service public, pas plus d'ailleurs que la création d'un établissement public spécialisé par une collectivité, ce mode de "délégation" étant exclu de l'application des procédures de passation par application de l'article L 1411-12 b) du code.

15. – Dès lors qu'une personne publique veut réellement conclure un contrat de délégation avec une autre, la personne publique cocontractante doit être dans une situation comparable à celles dans lesquelles se trouvent les personnes privées avec qui elle va être mise en concurrence. C'est ainsi que les établissements publics peuvent, en plus de leur mission statutaire – pour laquelle aucune mise en concurrence n'est nécessaire –, conclure des conventions de délégation de service public dès lors que celles-ci sont complémentaires ou connexes de leur activité principale. À la suite d'un avis du Conseil d'État (*CE, avis, 8 nov. 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants : Juris-Data n° 2000-061174 ; AJDA 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Colin ; Contrats Marchés publ. 2001, chron. n° 2, G. Eckert ; Dr. adm. 2001, chron. n° 8, Y. Laidié*), le Tribunal administratif de Dijon (*TA Dijon, 20 févr. 2003, Sté Jean-Louis Bernard Consultants c/ District de l'Agglomération Dijonnaise, req. n° 99245*) a jugé que le fait qu'un établissement public réponde à un marché public ou à une délégation de service public n'est pas en-soi contraire aux règles de la concurrence et à la liberté du commerce et de l'industrie. Les requérants soutenaient en effet que la réglementation sociale ou le régime fiscal des établissements publics les mettaient en tout état de cause en situation avantageuse. La réponse du tribunal administratif a été plus nuancée puisqu'il a analysé les législations en cause et a conclu que le régime fiscal était comparable à

celui d'une entreprise privée et que la législation du travail, bien que différente, n'a pas pour conséquence de placer les établissements publics administratifs dans une situation plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées. Si l'on s'en réfère à l'avis du Conseil d'État précité, trois points doivent être analysés. Premièrement, l'établissement public doit prendre en compte l'ensemble des coûts directs ou indirects qui participe à la formation du prix pour fixer le sien. Deuxièmement, l'établissement public ne doit pas bénéficier d'un avantage découlant des ressources ou des moyens propres à sa mission de service public initiale pour déterminer son prix. Troisièmement, il doit pouvoir justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié la façon dont il a composé son prix de prestation afin de permettre au juge de contrôler le respect des deux premiers points.

2° Objet du contrat

16. – La notion précise clairement son propre objet : il s'agit de déléguer un service public. Cet objet contient en lui-même deux éléments que la jurisprudence et les textes ont eu à préciser, d'une part l'existence d'un service public (*a*), d'autre part le caractère déléguable de ce service (*b*).

a) Existence d'un service public

1) Notion de service public

17. – Définition - La notion de service public est dans le même temps l'une des plus fondamentale et l'une des plus floue de notre droit public. Fondamentale, elle l'est parce qu'elle justifie politiquement l'action de l'Administration. Elle l'est aussi parce qu'elle est utilisée dans la définition d'autres notions importantes du droit public comme celle de contrat administratif (depuis *CE, 4 mars 1910, Thérond : Rec. CE, p. 193 ; GAJA n° 22. – CE, sect., 20 avr. 1956, Épx Bertin : Rec. CE, p. 167 ; GAJA n° 79*), celle de travaux publics (depuis *T. confl., 28 mars 1955, Effmieff : Rec. CE, p. 617 ; GAJA n° 78*) ou celle de domaine public (depuis *CE, sect., 19 oct. 1956, Sté "Le béton" : Rec. CE, p. 375 ; GAJA, n° 80*). Elle reste pourtant floue, les solutions diverses reconnaissant ou non un service public étant là pour le prouver (*V. supra n° 20*). Pourtant, on peut essayer de trouver une solution générale qui ait une précision juridique acceptable dans un arrêt de section du 13 octobre 1978 "*ADASEA du Rhône*" (*Rec. CE, p. 368*). Le service public peut ainsi être défini comme une activité rattachable à une personne publique ayant pour but la satisfaction d'un intérêt général et qui s'exerce dans le cadre d'un régime exorbitant du droit commun, prenant le plus souvent la forme de prérogatives de puissance publique entre les mains de celui qui gère le service.

18. – Création d'un service public et délégation - Un service public est donc le plus souvent créé par une personne publique dans son domaine de compétence, il suffit pour cela que l'activité soit en plus d'intérêt général et que la personne publique soit exerce elle-même le service en utilisant ses prérogatives de puissance publique, soit transmette ses prérogatives à un tiers. Il est ainsi courant que l'acte qui délègue le service public soit en même temps celui qui le crée. Il n'est pas nécessaire que le service ait auparavant été exercé en régie directe par la personne publique pour qu'il soit qualifié de service public.

19. – Compétence pour déléguer un service - La délégation comme la création d'un service public sont des décisions importantes de la part des personnes publiques, ne serait-ce que pour les deniers publics engagés et les prérogatives de puissance publiques exercées. C'est pour cette raison que cela ne peut se faire que par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale (*CE, 6 janv. 1995, Ville Paris : Rec. CE, p. 4*) ou par l'organe dirigeant d'un syndicat intercommunal ou d'un établissement public de coopération

intercommunal (*CE, 15 juin 1994, Synd. intercommunal des transports publics de la région de Douai : Juris-Data n° 1994-048855 ; Rec. CE, tables p. 1033*) Cela fait par ailleurs partie des compétences des organes délibérant tels qu'exprimés dans le Code général des collectivités territoriales (par exemple, *art L. 2121-29*, pour les communes).

20. – Indifférence du caractère administratif ou industriel et commercial du service - Ni le texte du Code général des collectivités territoriales (ou celui de la loi Sapin pour l'État) n'imposent que le service délégué ait le caractère d'un service public industriel et commercial (*TA Paris, 5 mai 2000, préfet Paris : Dr. adm. 2000, comm. n° 206*, à propos de délégations de centres d'animations ou de maisons des jeunes). Certes, la rémunération du service, la plupart du temps sur les usagers, facilite les délégations des services publics industriels et commerciaux. Pourtant, il est parfaitement possible de déléguer un service public administratif, et cela pour deux raisons. Premièrement parce que la différence entre les SPIC et les SPA n'est pas seulement fonction de leur activité. Le faisceau d'indices ne prend en compte l'activité que parmi d'autres critères, ce qui permet d'avoir un SPA qui se finance comme un SPIC (*T. confl., 22 janv. 1921, Sté commerciale de l'ouest africain : Rec. CE, p. 91* et les nombreuses applications citées dans le *GAJA, n° 38*). Deuxièmement parce que le critère de la rémunération de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales n'est pas seulement la rémunération sur les usagers mais bien la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ce qui n'interdit pas une rémunération autre que par une redevance perçue sur les usagers en leur "vendant" un service (*V. infra n° 32 à 47*).

21. – Ont ainsi été qualifiées d'activités de services publics des services locaux très divers. Par exemple, les Casinos ont très tôt été qualifiés de service public en application d'une loi des 15 et 16 juin 1907 réglementant le jeu dans les cercles et les casinos des stations balnéaires, thermales et climatériques (*CE, 25 mars 1966, Ville Royan : Rec. CE, p. 237*, pour la décision initiale et *TA Grenoble, 11 févr. 2000, SA Groupe Partouche, req. n° 97-3429 : BJCP 2000, p. 331, concl. Jayet, obs. R.S.*, pour une application récente dans le cadre des délégations de service public).

Les concessions d'exploitation des plages sont des délégations de service public si elles remplissent certaines caractéristiques. Ainsi, si, en plus de l'occupation domaniale elles ont pour objet d'organiser l'exploitation de la plage dans l'intérêt du développement de la station balnéaire, notamment en chargeant le concessionnaire de veiller à la salubrité de la baignade et à la sécurité des usagers (sans préjudices des pouvoirs de la police municipale), la jurisprudence les a qualifiées de délégation de service public (*CE, 21 juin 2000, SARL plage "Chez Joseph" et féd. nat. des plages restaurants, req. n° 212100 et 212101 : Juris-Data n° 2000-060639 ; RFD adm. 2000, p. 797, concl. Bergeal ; BJCP 2000, p. 335, concl. Bergeal*). On peut raisonnablement penser que les équipements récréatifs pour enfant (le "club Mickey" ou équivalent) ainsi que les clubs de sports auxquels le concédant aurait donné des missions d'intérêt général – surveillance partielle des baignades, de la salubrité de la plage ou d'animation – ont aussi la qualité de délégataire de service public.

L'exploitation d'un réseau câblé peut prendre la forme d'une délégation de service public quand elle est réalisée dans des conditions qui tendent à démontrer que la commune a voulu en faire un service public en le soumettant à un régime exorbitant. Il en est ainsi lorsque la société délégataire a un monopole sur le territoire communal et que les dispositions du contrat imposent un droit d'égal accès des résidents (*CE, sect. int., avis adm., 25 juill. 1995, n° 357781 : EDCE 1995, p. 422 ; RFD adm. 1996, p. 980, note D. Truchet*).

Les garagistes sur autoroutes qui sont agréés pour le dépannage, le remorquage et l'évacuation des véhicules exercent une mission de service public, notamment parce qu'ils le font dans le cadre d'un régime exorbitant (*CE, 22 mars 2000, Lasaulce : Juris-Data n° 2000-060186 ; Dr. adm. 2000, comm. n° 105*).

Un restaurant peut être un service public et faire l'objet d'une délégation sous certaines conditions. C'est notamment le cas d'un restaurant-débit de boissons destiné à accueillir le public d'un château-musée, lui-même service public culturel de loisir (*TA Lyon, 24 févr. 1999, préfet Rhône, req. n° 98-4773 et 98-5349 ; BJCP 1999, p. 437, concl. Kolbert, obs. R.S. – CE, 11 déc. 2000, Agofroy : Juris-Data n° 2000-061688 ; AJDA 2001, p. 193, note M. Raunet et O. Rousset*).

22. – La qualité de service public a en revanche été refusée à d'autres activités.

Ainsi, le restaurant "L'orée du bois" dans le bois de Boulogne qui ne saurait être un service public dans la mesure où il ne bénéficie d'un régime exorbitant du droit commun mais est exploité comme une entreprise privée, et cela malgré l'intérêt général qu'il représente pour le tourisme (*CE, 12 mars 1999, Ville Paris, req. n° 186085 : Juris-Data n° 1999-050075 ; Dr. adm. 1999, comm. n° 127 ; AJDA 1999, p. 439, note M. Raunet et O. Rousset ; BJCP 1999, p. 433, concl. Bergeal, obs. R.S.*).

Il en est de même de la gestion du domaine privé d'une personne publique qui n'a jamais été considérée comme un service public et, partant, n'est aujourd'hui pas déléguable dans le cadre de la loi Sapin (*T. confl., 10 juill. 1956, Sté des Steeple-Chases de France : Rec. CE. p. 587*).

2) Longue durée du contrat

23. – La délégation des services publics nécessite pour de nombreuses raisons – rentabilisation des investissements, expérience de la gestion du service et maîtrise des installations – des contrats d'une durée relativement importante. La longue durée du contrat fait d'ailleurs partie de la définition que les grands auteurs donnent des concessions depuis le XIXe siècle. Les concessions ne sauraient pourtant être perpétuelles, la difficulté est donc de fixer la bonne durée de ces contrats. C'est aujourd'hui l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales qui dispose les modalités de fixation de cette durée. Ces modalités sont souples, mais elles doivent être respectées à peine de nullité (*CAA Bordeaux, 29 mai 2000, Sté auxiliaire de parcs : Dr. adm. 2000, comm. n° 207* qui sanctionne une durée de 30 ans compte tenu des circonstances et notamment des investissements peu importants). Notons (*même arrêt*) que le contrôle du juge administratif sur l'établissement de cette durée est un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, ce qui tend à prouver la liberté laissée à l'autorité déléguante.

24. – L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales précise que la durée du contrat doit être fonction des prestations demandées au délégataire. Notamment, si des investissements sont exigés de sa part – cela va de la rénovation d'un bâtiment existant à la construction *ex nihilo* d'une usine de retraitement des déchets, de bassins de retraitement des eaux usées ou d'équipements sportifs – la convention de délégation tient compte, pour la détermination de la durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre. Le critère est donc unique : la rentabilité de l'investissement. L'idée qui préside à cette règle est que le délégataire doit gagner de l'argent en réalisant le service, mais qu'il ne doit en gagner que de façon raisonnable. Sur cette base, la collectivité doit fixer la durée de la convention de façon relativement souple, en prenant alors en compte d'autres éléments. Notons que le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision n° 92-216 DC du 20 janvier 1993 sur la loi Sapin (*préc. n° 10*) qu'aucun texte national ne doit fixer des durées d'amortissements types, notamment parce qu'il existe de multiples façons de calculer l'amortissement d'un bien et que les installations construites peuvent être très diverses.

25. – L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales contient enfin des dispositions

particulières pour les délégations dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets. Il précise en effet que ces délégations ne sauraient dépasser la durée de 20 ans, sauf si l'autorité délégante demande au Trésorier payeur général d'examiner les justificatifs de dépassements de cette durée – par exemple des contraintes techniques locales comme une zone montagneuse dans laquelle on voudrait mettre en place un réseau, ce qui augmenterait l'investissement de façon importante – et que les conclusions du TPG sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante avant toute délibération relative à la délégation.

b) Délégation de ce service public

26. – L'existence d'un service public ne suffit pas à conclure un contrat de délégation de service public. Encore faut-il que celui-ci soit délégué (1) et qu'il fasse partie des services publics que l'on peut déléguer (2).

1) Définition d'une délégation

27. – Il faut en effet faire la différence entre la délégation d'un service public et les cas dans lesquels le cocontractant ne fait qu'apporter sa collaboration à la personne publique dans l'exercice du service public. Dans ce second cas, le contrat sera le plus souvent un marché public de service. La définition d'une véritable délégation n'a pas été posée strictement par la jurisprudence, mais on peut toutefois déceler des critères à travers les jurisprudences successives (pour l'ensemble de cette question, *G. Glenard, La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public : Dr. adm. 2002. chron. 3 et 6*).

Ainsi, on peut à notre sens estimer qu'une activité est déléguée lorsque le cocontractant de l'Administration bénéficie des avantages et inconvénients de ce qui fait que le service est un service public, et que la personne publique n'a elle-même plus de rôle décisif dans l'exécution du service, c'est-à-dire que l'organisation quotidienne du service est du ressort du cocontractant. C'est pour cette deuxième raison que l'on dit que le cocontractant a la responsabilité du service.

Est ainsi une véritable délégation la situation dans laquelle une entreprise privée est chargée de la construction et la gestion d'un hélicoptère en montagne et d'effectuer les secours en montagne. En contrepartie, elle est autorisée à avoir une exploitation commerciale de l'hélicoptère avec le transport de tourisme (*CAA Lyon, 24 oct. 2000, Cne Val-d'Isère, SA Secours aérien français c/ Sté Mont-Blanc Hélicoptère, req n° 96LY1868 : BJCP 2000, p. 320, concl. Bourrachot, obs. R.S.*). À l'inverse, la location de terrains de tennis par la ville de Nice sans obligations de services publics ni même la gestion des équipements ne constitue pas un contrat de délégation de service public (*CAA Marseille, 5 févr. 2001, préfet Alpes-Maritimes : BJCP 2001, p. 43, note Célérier, obs. R.S.*).

On considère aussi que le service public de l'information municipale est délégué si une mairie confie à une société le financement, de réalisation matérielle et la distribution des journaux et fascicules d'information, et cela même si l'entreprise n'en écrit pas les textes (*T. confl., 24 juin 1996, préfet Essonne, req. n° 3023 : Rec. CE, p. 546*), et a fortiori si elle en écrit les textes et est chargée plus largement des missions de développement de la commune (*CE, 10 juill. 1996, Coisne, req. n° 140606 : Juris-Data n° 1996-050707 ; Rec. CE, tables p. 1006 ; RFD adm. 1997, p. 504 et 507, concl. Chantepy et note Douence*).

28. – Une limite importante existe à la délégation d'un service public : l'impossibilité de déléguer entièrement une activité de service public. La jurisprudence estime qu'un service public est entièrement délégué lorsque l'on peut dire que la collectivité a passé dans les mains de ses cocontractants la totalité d'une de ses compétences. Il en est ainsi du département qui s'est globalement déchargé de ses

compétences en matière agricole sur une personne privée, même s'il en a le contrôle (CE, 27 mars 1995, Ch. agr. Alpes-Maritimes, req. n° 108696 : *Juris-Data* n° 1995-041459 ; *Rec. CE*, p. 142).

2) Impossibilité de déléguer certains services

29. – Tous les services publics relevant de la compétence des collectivités territoriales ne peuvent pas être délégués. On distingue les cas dans lesquels les services ne peuvent par nature pas être délégués et ceux que la loi interdit de déléguer.

30. – Parmi les services qu'il est par nature impossible de déléguer, on trouve principalement les pouvoirs de police. Ainsi, bien avant la loi Sapin, le Conseil d'État a estimé qu'il était impossible que les agents chargés de la police ne fussent pas sous l'autorité directe du maire (CE, 17 juin 1932, *Ville Castelnaudary* : *Rec. CE*, p. 595) ou que la commune se dégageât de la responsabilité afférente à l'exercice de sa mission de police (CE, 23 mai 1958, *Cts Amoudruz* : *Rec. CE*, p. 301 ; *AJDA* 1958, II, p. 309, *chron. Fournier et Combarnous*). Sur le fondement de ce principe, la jurisprudence a ensuite estimé que les tâches de police de la voie publique ne pouvaient être déléguées, même si celles de gardiennage des immeubles de la commune pouvaient l'être sur le fondement de la loi du 12 juillet 1983 (CE, 29 déc. 1997, *Cne Ostricourt* : *Juris-Data* n° 1997-051001 ; *Rec. CE*, tables p. 706 et 969). Impossibilité de déléguer aussi la surveillance des pistes de Ski (*Rép. min.* n° 20124 : *JOAN Q* 1er mars 1999, p. 1270).

Sont encore impossibles à déléguer les services publics de surveillance des élèves et d'enseignement public, même si la préparation et la fourniture des repas est déléguable (*T. confl.*, 17 févr. 1997, *Assoc. du Foyer de jeunes travailleurs c/ Sté Les repas Parisiens* : *Gaz. Pal.* 1997, 2, p. 120). Il en est de même du service public de l'hébergement hospitalier des malades, à l'inverse, l'hébergement de leur famille peut elle l'être (CE, avis, 16 juin 1994 : *EDCE* 1994, p. 367).

31. – La loi interdit par ailleurs la délégation du service communal de distribution d'électricité, qui doit être géré qu'en régie ou par une SEM en application de la loi du 8 avril 1946 (CE, 28 juin 1989, *Synd. du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble* : *Juris-Data* n° 1989-600678 ; *RFD adm.* 1989, p. 929, *note Lachaume* ; *CJEG* 1989, p. 369, *note Delpirou*). Il en est de même pour le service public de prévention des maladies infantiles qui doit être géré directement par le département en application de l'article L. 326 du Code de la santé publique (CE, 17 mars 1989, *Synd. des psychiatres français* : *Rec. CE*, p. 95 ; *AJDA* 1989, p. 407, *obs Prétot*).

3° Critère de la rémunération : distinction d'avec les marchés publics

32. – La loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 a validé législativement le critère d'une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service qui avait été utilisé par le Conseil d'État depuis un arrêt du 15 avril 1996, "*Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*" (*Juris-Data* n° 1996-050185 ; *Rec. CE*, p. 137 ; *Dr. adm.* 1996, *comm.* n° 355 ; *AJDA* 1996, p. 806 et 729, *chron. X. Girardot et D. Chauvaux* ; *RFD adm.* 1996, p. 715, *concl. C. Chantepy, note. Ph. Terneyre* ; *CJEG* 1996, p. 267, *concl. C. Chantepy, note R. Savignat*). Ce critère a en effet un rôle particulier à jouer dans la mesure où c'est lui qui permet de distinguer les délégations de service public (et principalement les concessions) d'avec les marchés publics au sens du Code des marchés publics.

En droit communautaire, le critère de la rémunération est aussi celui qui distingue les marchés publics des "concessions" (a). Il faut pourtant noter deux différences importantes entre le droit interne et le droit communautaire :

- d'une part, les marchés publics ne sont pas définis de la même façon;
- et d'autre part les "concessions" communautaires ne sont pas non plus définies de la même manière dans les deux droits (b).

a) Droit français

33. – Utilité de la distinction - La différence entre les marchés publics et les délégations de service public est l'une des grandes questions qui se pose au contentieux, notamment puisque c'est cette différence de qualification qui permet de savoir si un contrat est soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence du Code des marchés publics ou s'il est soumis aux procédures de publicité du Code général des collectivités territoriales (pour les collectivités territoriales, l'État appliquant encore le texte de la loi Sapin).

34. – Lien avec les résultats de l'exploitation - Classiquement, dans le contrat de concession notamment, la rémunération provient d'une redevance sur les usagers. Il en est ainsi du paiement de l'eau au concessionnaire local par exemple. La jurisprudence d'abord, la loi MURCEF ensuite, ont validé cette situation en l'élargissant pourtant. En effet, elles font référence à la notion de résultats d'exploitation, ce qu'il faut comprendre en réalité comme le "chiffre d'affaire" du concessionnaire, les recettes en question peuvent donc être de toutes natures. Ce chiffre d'affaires est effectivement bien souvent issu des redevances prises sur les usagers. Pour autant, cette définition permet aussi de qualifier de délégation de services publics des contrats dont les titulaires tirent leurs bénéfices d'autres moyens que les redevances, tant que ces bénéfices sont fonction – on peut dire dépendent de la quantité – de leur activité de service public. Ainsi, le contrat dans lequel la rémunération dépendra, pour une partie au moins, d'un prix payé par l'Administration en fonction de l'activité pourra être une délégation de service public si cette partie est "substantielle".

35. – Notion de "substantiellement" - La notion de "substantiellement" ne saurait être traduite par celle de "majoritairement". Même dans sa définition de la loi MURCEF, le législateur n'a pas voulu mettre un pourcentage des revenus devant être liés aux résultats de l'exploitation pour expliquer ce terme de substantiellement. Pourtant, une jurisprudence (*CE, 30 juin 1999, SMITOM [synd. mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais], req. n° 198147 : Juris-Data n° 1999-050752 ; Dr. adm. 1999, comm. n° 246 ; AJDA 1999, p. 714, concl. C. Bergeal ; CJEG 1999, p. 344, concl. Bergeal ; RFD adm. 1999, p. 1147, note L. Vidal ; Petites affiches 28 févr. 2000, p. 10, note C. Boiteau*) a accepté la qualification de "substantiellement" pour une proportion de rémunération liée à seulement 30 % sur les résultats de l'exploitation, ce qui aurait permis de mettre ce taux dans le texte. Les conclusions de Mme Bergeal sur cet arrêt expliquent la retenue du législateur (vraisemblablement inspirée par le Conseil d'État lui-même) : elle semble en effet considérer que le "substantiellement" s'apprécie au cas par cas, en regardant si la part de prix non lié à l'exploitation ne retirerait pas le risque d'exploitation au cocontractant pour le faire retourner à la collectivité. En effet, si l'activité baisse mais que le prix fixe représente une grande part des bénéfices, le cocontractant n'a plus de risque. Or, plus encore que les redevances, c'est le risque d'exploitation qui caractérise selon elle les délégations de service public.

Certains en ont conclu que le critère de la rémunération des délégations de service public s'était transformé en celui du risque. La situation est plus subtile que cela puisque le critère de la rémunération liée aux résultats de l'exploitation perdure mais que le "substantiellement" doit être interprété comme "qui permet de laisser le risque d'exploitation entre les mains du cocontractant de l'Administration". C'est pour cette raison que le pourcentage du chiffre d'affaire devant dépendre des résultats de l'exploitation dépend de

chaque contrat et qu'il ne peut être fixé une fois pour toutes.

Ainsi, dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 24 octobre 2000 (*préc. n° 27*), le délégataire est rémunéré partiellement par un prix payé directement par la commune, mais, d'une part ce prix est fonction du nombre de missions de sauvetage qu'il effectue, et d'autre part pour ce prix comme pour celui qu'il tirera de son activité de transport commerciale, il n'a aucune garantie de rémunération ni un nombre minimal de rotations à effectuer. Le risque d'exploitation repose par conséquent entièrement sur lui.

36. – Contrats de gérance - Le cas des contrats de gérance nous montre que ce critère de la rémunération est strictement appliqué par le Conseil d'État. En effet, contrairement à ce que pensait une partie de la doctrine à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Sapin en 1993, le Conseil d'État a considéré que les contrats de gérance (contrat par lequel le cocontractant, appelé gérant, gère un service public pour le compte d'une personne publique en principe sans en définir les conditions de fonctionnement et en étant rémunéré par un forfait payé par la collectivité) n'était pas une délégation de service public mais un marché public de service ou un mandat. Pour aboutir à cette conclusion, l'arrêt "*Commune de Guilherand-Granges*" (*CE, 7 avr. 1999 : Juris-Data n° 1999-050204 ; BJCP 1999 p. 460, concl. C. Bergeal ; AJDA 1999, p. 517, concl. C. Bergeal*) s'est fondé sur les modalités de financement qui, même si elles étaient fondées sur la quantité de service rendu (nombre de mètres cubes d'eau assainis et distribués) ne faisaient porter aucun risque au cocontractant.

b) Droit communautaire et concessions

37. – Le droit communautaire ne connaît pas la notion de "délégation de service public". En revanche, il connaît celle de "concession" qui est au coeur des délégations de service public en droit français. La situation n'en est pourtant pas simplifiée puisque, sous cette qualification identique de "concession", les directives ne comprennent pas la même chose que le droit interne.

Les différences entre les concessions en droit interne et en droit communautaire sont de deux ordres. Les premières tiennent au fait qu'elles sont assimilées pour une grande part aux marchés publics. Les secondes tiennent au fait que le droit communautaire se concentre sur la notion de "travaux" alors que le droit interne se concentre sur la notion de "service public".

38. – Le droit communautaire traite des "concessions de travaux" au *d)* de l'article 1er de la directive 93/37/CEE du 14 juin 1993. Cet article les définit comme les contrats présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. On ne peut donc que renvoyer le lecteur au fascicule sur les marchés publics pour préciser les différents points de la définition, et notamment le fait que les personnes pouvant passer une "concession de travaux" au sens communautaire sont les "pouvoirs adjudicateurs", une notion bien plus large que les personnes publiques de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

39. – Outre cette différence générale, il faut noter que le droit communautaire traite des concessions de travaux, alors que les délégations de service public recouvrent les concessions de service public et les "concessions de travaux et service public". La plupart des concessions imposant au cocontractant d'effectuer les travaux d'infrastructure et les services s'exerçant dessus (par exemple créer un réseau d'eau potable et distribuer l'eau, créer une ligne de Tramway et exploiter le transport de voyageurs), l'essentiel des concessions françaises sont des "concessions de travaux et service public", soumises au régime des

concessions de service public, tandis qu'elles sont des "concessions de travaux" en droit communautaire, soumises au régime de publicité qui leur est réservé dans la directive 93/37 précitée.

40. – Le régime des concessions comme la notion ont été transposés en droit interne. Cela a été fait à l'article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et dans le décret du 31 mars 1992 qui dispose : fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêt du ministre chargé de l'économie et des finances, dont l'objet est défini à l'article 9 lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage. Le seuil en question est aujourd'hui fixé à 5 millions d'euros.

Au-dessus de ce seuil, on peut noter une proximité avec le droit interne (le régime applicable est la soumission à des procédures de publicité), même s'il ne s'agit pas d'une similitude (les procédures de publicité sont différentes), ce qui conduit à appliquer les deux procédures différentes à une même concession lorsqu'elle correspond aux deux définitions (ce qui n'est par exemple pas le cas pour des concessions de "service public" pures) et qu'elle dépasse le seuil communautaire.

41. – Comme en droit interne, la distinction entre les marchés publics et les concessions se fait, en droit communautaire, à l'aide du critère de la rémunération. Cependant, il ne s'agit pas non plus ici du même critère : le droit interne se concentre sur la "rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service" tandis que le droit communautaire s'attache à une "rémunération de l'entrepreneur [consistant] en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage". La jurisprudence communautaire était auparavant venue préciser certains de ces points dont on ne sait pas s'ils auront une influence ou pas. Ainsi, l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 10 novembre 1998 "*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding*" (aff. C-360/96 : BJCP 1999, n° 2, p. 155, concl. La Pergola), est interprété au regard des conclusions de l'avocat général comme imposant un caractère d'intérêt général au service et comme obligeant le cocontractant du pouvoir adjudicateur à assumer le risque économique. On peut vraisemblablement voir dans ces conclusions un rapprochement entre les notions internes et européennes.

42. – Le droit communautaire des concessions est en train d'évoluer et elle pourrait bien changer assez profondément. En effet, la commission a publié une "communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire" le 12 avril 2000 dans laquelle elle précise notamment deux points. Le premier est que les concessions de service d'intérêt général existent en droit communautaire, mais que leur régime est limité à l'application des principes issus du traité et des directives sur les marchés publics. Le second est que l'on peut penser que ces "concessions de service public" communautaires vont être intégrées à moyen terme dans les directives communautaires, ce qui conduira à redéfinir la notion de "concessions de travaux" de la directive 93/37. On ne sait pas si, dans les cas nombreux où une concession contient à la fois des travaux et des services, elle continuera à être une concession de travaux ou si elle sera une concession de service comme en droit français, mais on peut espérer un rapprochement des deux droits.

4° Exclusion de certains contrats

43. – L'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales (issu de l'article 41 de la loi Sapin du 29 janvier 1993, toujours applicable à l'État) pose différentes exceptions à l'application des procédures de publicité des articles L. 1411-1 à 11.

44. – La première de ces exceptions est l'existence d'un monopole. Il s'agit du cas dans lequel la personne publique n'a de toute façon le choix entre différents cocontractants puisque le marché ne comprend qu'une entreprise. Cette exception est de pure logique : pourquoi faire une publicité visant à contacter le maximum de personnes intéressées à répondre à l'offre alors qu'une seule peut y répondre. Le Conseil constitutionnel a jugé cette exception conforme à la constitution, et notamment comme ne portant pas atteinte au principe d'égalité (*Cons. const.*, 20 janv. 1993, *déc. n° 93-316 DC : Rec. Cons. const.*, p. 14 ; *RFD adm.* 1993, p. 902, *note Pouyaud ; Petites affiches* 2 juin 1993, *note Mathieu et Verpeaux ; RFD const.*, p. 375, *note Favoreu*).

45. – La deuxième exception est le cas dans lequel "ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement". La justification de cette exception se trouve dans la notion même d'établissement public. Ceux-ci sont en effet créés pour exécuter un service public. La doctrine qualifie parfois les établissements publics de "services publics personnifiés" parce qu'on donne la personnalité morale à une entité dans le but de lui donner la responsabilité du service sous la tutelle d'une collectivité territoriale. Soumettre les établissements publics à la loi Sapin n'aurait par conséquent pas de sens puisque leur but est de gérer un service public (administratif ou industriel et commercial) sous la tutelle de la personne publique. En revanche, si le service public que l'on veut déléguer n'est pas celui qui est dans les statuts de l'établissement (c'est-à-dire celui pour lequel il a été créé), il peut être chargé du service mais en répondant à la publicité comme n'importe quelle entreprise (implicitement *CE*, 16 oct. 2000, *Cie méditerranéenne d'exploitation des services des eaux*, *req. n° 212054 : Juris-Data n° 2000-061187 ; Gaz. cnes* 15 janv. 2001, p. 56, *note Brecq-Coutant ; BJCP* 2001, p. 105, *concl. Bergeal ; RFD adm.* 2001, p. 106, *concl. Bergeal*). Puisque c'est la tutelle de la collectivité territoriale qui justifie au fond l'absence de publicité, les établissements publics locaux qui veulent remplir un service public pour une autre collectivité que leur collectivité de rattachement (celle qui exerce la tutelle) peuvent le faire mais en répondant à la publicité de cette autre collectivité. Ils ne peuvent bénéficier du régime d'exonération (en ce sens *Rép. min. n° 12055 : JO Sénat Q* 25 janv. 1996, p. 154 ; *Dr. adm.* 1996, *comm. n° 74*).

46. – La troisième exception concerne les délégations d'un faible montant, elle a pour objectif de ne pas alourdir les contraintes pour les collectivités locales, et notamment les petites communes qui n'ont pas les moyens techniques et le budget pour mettre en place une procédure complète qui reste lourde. L'article précise que ne sont soumis qu'à une publicité préalable et aux dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales les délégations lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 € ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 € par an.

47. – À cela il faut ajouter une quatrième exception issue de l'article 156 de la loi "SRU" n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain. Cet article qui modifie l'article 41 de la loi Sapin (encore applicable à l'État) a vocation à s'appliquer aussi aux collectivités locales mais n'a pas – encore ? – été transposée dans l'article L. 1411-12. Il prévoit une exonération lorsque la délégation constitue un mandat de gérance des logements locatifs sociaux confié à un organisme d'habitation à loyer modéré.

B. – Typologie des délégations de services publics

48. – Parmi les contrats susceptibles de remplir l'ensemble des critères posés par l'article L. 1411-1, il est

possible de distinguer différents ensembles qui correspondent, peu ou prou à différents modes de financement du service public. On isole aujourd'hui quatre catégories de contrat au sein des délégations de service public. Ces catégories préexistaient à la loi Sapin, mais cette dernière les a soumises à des procédures de passation communes. Il faut pourtant appréhender ces sous-catégories de délégations de service public comme relativement souples, elles ne sont que des modèles généraux qui constituent des cadres dans lesquels s'exprime la liberté contractuelle des personnes publiques et de leurs cocontractants. C'est la raison pour laquelle il n'existe pas de formulaire type de convention de délégation de service public, mais des actes *ad hoc* adaptés à chaque cas de figure. Par ailleurs, le fait que ces catégories aient existé avant la notion de délégation de service public conduit à des situations dans lesquelles un contrat peut remplir les conditions d'une sous catégorie en ne remplissant plus celles des délégations de service public (c'est notamment le cas pour la régie intéressée, mais aussi pour les concessions de travaux).

1° Concessions

49. – Les concessions sont parmi les contrats les plus classiques du droit administratif. On ne peut pourtant les réduire à un type strict de contrat, ne serait-ce parce que le droit administratif connaît différentes notions de concessions. Si l'on retire les concessions minières, bien différentes de celles qui nous intéressent, on distingue les "concessions de travaux publics", les "concessions de service public" et les "concessions de service et travaux publics". Toutes trois ont des éléments de définition communs, sauf leur objet matériel.

50. – Définition - La concession est le contrat par lequel une personne publique, le concédant, charge une personne publique ou privée, le concessionnaire, d'exploiter un service public ou un ouvrage public à ses risques et périls, en se rémunérant essentiellement sur les usagers de l'ouvrage ou du service. La rémunération du concessionnaire dépend de plus aujourd'hui bien souvent de subventions d'investissement (des subventions ou des garanties d'emprunts destinées à financer une partie des frais des ouvrages sur lesquels va s'effectuer le service) ou d'exploitation (des subventions destinées à compenser une partie des obligations de services publics qui grèveraient par trop l'équilibre financier du concessionnaire).

51. – Les concessions de travaux public "pures" ne sont pas des délégations de service public. Il s'agit des concessions dans lesquelles le concessionnaire se rémunère sur la gestion d'un ouvrage sans que l'on considère que cette gestion soit un service public. Cette situation est rare, même les autoroutes sont considérées comme des concessions de travaux et services publics dans la mesure où le concessionnaire a certaines obligations de sécurité et de services envers les usagers. Les concessions de travaux ne regroupent aujourd'hui que certaines concessions d'énergie hydraulique, celles qui servent une entreprise en particulier (*CE, avis assemblée générale, sect. TP, 28 sept. 1995, n° 357 262 et 357 263 : EDCE 1995, n° 47, p 402*) et les concessions accordées par le gestionnaire d'un marché d'intérêt national (MIN) à un entrepreneur pour la construction de bâtiment et installations (*CE 22 juill. 1977, Sté Nord Océan Poisros et Cie : Rec. CE, p. 357*).

2° Affermages

52. – L'affermage est le contrat par lequel une personne publique va confier à une personne publique ou privée, le "fermier", la gestion d'un service public, en se rémunérant par des redevances sur les usagers. L'affermage est donc un contrat proche de la concession, mais dans lequel le cocontractant n'a pas de frais de premier investissement, c'est-à-dire qu'il ne fait que gérer un service qui était auparavant géré en régie

ou par une concession. Ce critère de distinction, relativement classique en doctrine, a été validé récemment par le Conseil d'État dans un arrêt du 19 avril 1987, "*Commune d'Élancourt*" (*Rec. CE*, p. 152 ; *RFD adm.* 1987, p. 525, *concl. Y. Robineau* ; *Dr. adm.* 1987, *comm. n° 343* ; *CJEG* 1987, p. 855, note P.S. ; *Juris-Data n° 1987-001317*).

53. – La distinction d'avec la concession n'est pourtant pas si simple puisque la personne publique peut confier au fermier deux types de travaux : tout d'abord des travaux d'entretien, ces derniers étant par principe à la charge du fermier. Ensuite des travaux d'investissement limités, sous la condition d'en prendre à sa charge l'essentiel du prix. La différence avec des concessions dans lesquelles les subventions d'investissement seraient importantes est donc difficile à faire. Remarquons toutefois que le régime de passation est identique puisqu'il est attaché à la qualification de "délégation de service public" que ces contrats ont tous les deux.

3° Régies intéressées

54. – La situation des régies intéressées au regard du droit des délégations de service public est délicate dans la mesure où, si elles ont souvent cette deuxième qualification, on peut aussi trouver des contrats qui seront des régies intéressées sans être des délégations de service public.

55. – Définition - On appelle régie intéressée le contrat par lequel l'exploitation d'un service public se fait pour le compte de la personne publique délégante (*CE*, 19 janv. 1912, *Marc et Baranger* : *Rec. CE*, p. 75. – et plus récemment *CE*, 1er févr. 1989, *Sté Socea Balency* : *RD publ.* 1989, p. 1816) en contrepartie d'une rémunération payée par elle, rémunération dépendant le plus souvent des résultats de l'exploitation.

56. – Les régies intéressées ne sont pas toutes des délégations de service public – C'est le mode de rémunération qui fait, ou non, rentrer les régies intéressées dans les délégations de service public. En effet, à partir du moment où la rémunération est "substantiellement liée aux résultats d'exploitation", c'est-à-dire où le régisseur intéressé porte le risque d'exploitation du service, le contrat sera soumis aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si on peut dire aux vues d'une rémunération fixe assurée au régisseur, que le risque est porté par la collectivité, alors le contrat ne sera pas une délégation de service public. Elle sera le plus souvent un marché public (*CE*, 30 juin 1999, *SMITOM*, *préc. n° 35*).

4° Baux emphytéotiques avec exploitation du domaine public

57. – Définition - Les articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales ouvrent aux personnes publiques qu'ils visent la possibilité de valoriser leur domaine (public principalement mais aussi privé) en incitant les personnes privées (et non les personnes publiques) à venir y investir. Dans ce dessein, les collectivités peuvent conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA) avec des entreprises et ainsi leur accorder des droits réels afin de garantir leurs emprunts. Cette possibilité, issue d'une loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, n'est ouverte que si l'objet du bail est l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale.

58. – BEA et délégations de service public - Dans certains cas, les BEA correspondent aussi à la

définition des délégations de service public. Il en est notamment ainsi quand l'objectif de la convention est une mission de service public (et non une simple opération d'intérêt général), même si cette mission est précisée dans une convention non détachable du contrat (*CGCT, art. L. 1311-2. – CE, 10 juin 1994, Cne Cabourg : Juris-Data n° 1994-052435 ; Rec. CE, p. 300, concl. Lasvignes ; AJDA 1994, p. 560 ; RFD adm. 1994, p. 738*), que les biens éventuels reviennent à la collectivité en fin de bail (*même arrêt*, mais on peut penser qu'il s'agit plus d'un indice supplémentaire que d'un critère obligatoire) et surtout que la rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, ce qui comprend aussi le fait que le contrat soit d'une durée suffisamment longue pour amortir l'investissement du cocontractant.

La multiplication des conditions précitées montre, comme le rappelle le Conseil d'État dans un avis du 16 juin 1994 (*CE, sect. soc. avis, 16 juin 1994 : EDCE 1994, p. 367*), que le BEA ne constitue pas par lui-même, ni un marché de travaux publics ni, du moins en cas de mission limitée du preneur, une délégation de service public.

II. – Conditions de formation des délégations de service public

59. – Choix de la procédure déléguée - La procédure de passation des délégations de service public associe une certaine forme de mise en concurrence avec une liberté de négociation et de choix de la part de la collectivité. Cette liberté partielle en faisant une procédure moins lourde que celle imposée aux marchés publics, cela conduit les administrateurs à y voir un contrat spécialement intéressant à passer, d'autant que ses possibilités de financement d'infrastructures et de gestion de services publics sans investissement de départ et sans risque financier majeur en font un mode de gestion *a priori* attrayant. Cette vision idyllique des délégations de service public doit pourtant être fortement nuancée. Au plan matériel d'abord, le financement privé n'empêche pas les incidents contractuels habituels (retards, investissements au rabais, coût de fonctionnement mal calculés), ni d'éventuels risques financiers conduisant parfois à mettre à mal les finances locales, sans compter les éventuelles reprises en régie directe (faillites des cocontractants ou de leurs sous-traitants, garanties d'emprunt accordées à la légère, etc...). Pour ce qui est de la procédure de passation, on ne saurait raisonnablement estimer qu'elle ne constitue pas un obstacle au développement des délégations de service public. S'il est vrai qu'elle est plus souple que celle du code des marchés publics, elle en est toutefois fortement inspirée et elle en conserve les deux principaux défauts : la longueur et la complexité qui conduit le plus souvent à une hausse du coût directement supporté par la collectivité du fait de la nécessité d'un conseil (à ce sujet, *Ch. Maugué, Les collectivités locales face au choix entre marchés publics ou délégations de service public : faire ou faire faire : Marchés publ. n° 3/1999, p. 20-24*).

60. – Source - La procédure issue des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales est, il faut le noter, plus contraignante que celle applicable à l'État. La proximité avec le Code des marchés publics y est plus visible, surtout depuis le nouveau Code des marchés publics de 2001 qui a mis en place la procédure de mise en concurrence simplifiée introduisant aussi une part de négociation.

61. – Principes applicables - La procédure de passation est relativement formelle mais elle ne saurait éviter les atteintes à la concurrence issues de l'ingéniosité des cocontractants. Le droit interne et le droit communautaire ont donc développé des principes permettant de sanctionner ces écarts et de donner un sens à l'interprétation des textes. Si le droit communautaire développe de nombreux principes issus du Traité ou des directives sur les marchés publics (égalité de traitement, transparence, proportionnalité..., sur ce point, *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire*,

12 avr. 2000), le droit français des concessions se concentre sur le principe "d'égal accès des candidats à l'octroi de la concession". Ce principe n'a pas été reconnu comme un principe d'ordre constitutionnel par le Conseil constitutionnel mais ce dernier estime que la procédure de la loi Sapin qui a cet objectif n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques (*Cons. const.*, 20 janv. 1993, *déc. n° 92-316 DC, préc.*). La jurisprudence administrative en a en revanche fait un principe dont on peut penser qu'il s'agit d'un principe général du droit (PGD) (*TA Paris*, 2 nov. 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Quillery, SPIE Citra : Rec. CE*, p. 710 ; *AJDA* 1995, p. 147, *note CH. Bréchon-Moulénes*).

62. – Réserve - Rappelons que cette procédure de passation ne s'applique que dans le cadre des délégations de services publics telles que définies précédemment, ce qui exclut une série de cas posés par le Code général des collectivités territoriales (délégations de faibles montants qui ont une procédure simplifiée, monopoles...). Ajoutons qu'au-delà des seuils d'application des textes communautaires, il convient d'analyser la délégation afin de voir si elle ne correspond pas à une concession de travaux au sens de la directive 93/37 (*V. supra n° 38 et Fasc. 777*, sur les marchés publics).

63. – Plan - Les étapes de la procédure méritent d'être abordées une à une dans l'ordre de la passation propre aux collectivités territoriales.

A. – Décision de passer une convention de délégation de service public

64. – L'initiative première d'avoir recours au procédé de la délégation de service public pour la gestion d'un service public local revient classiquement à l'organe exécutif de la personne publique. C'est au moins lui qui doit en émettre l'idée formalisée dans un projet initial. Ce projet ne requiert aucune forme particulière, il convient juste que le maire, le directeur de l'établissement public, le président du conseil général ou celui du conseil régional connaisse les limites de la notion de délégation de service public. Cela lui permet en effet d'une part d'avoir conscience des contours que la délégation peut prendre (concession, affermage, régie, occupation du domaine) et d'autre part de bien avoir à l'esprit la facilité avec laquelle on sort du "modèle de la délégation" pour tomber dans celui du marché public, ce dernier nécessitant une autre procédure.

65. – Ce projet encore très flou doit prendre la forme de ce que l'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales appelle (*depuis L. n° 2002-276, 27 févr. 2002, art. 5-II*) un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire. Ce rapport devant être soumis à la commission consultative des services publics locaux prévus à l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales pour avis.

66. – Ce rapport et cet avis ont pour objectif de faire voter à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale, du groupement de collectivités territoriales ou de tout autre établissement public en cause une décision sur le principe de la délégation imposée par le premier alinéa de l'article L. 1411-4 du code. C'est la première fois que cette assemblée aura un rôle dans cette procédure, la seconde fois sera celle où elle autorisera le maire à signer le contrat définitif.

B. – Publicité : avis d'appel public à la concurrence

67. – Objectifs - La procédure de publicité a pour objectif principal de permettre à la personne publique

d'avoir un choix entre plusieurs cocontractants afin de choisir le meilleur. Cela rapproche la procédure de passation des délégations de services publics des marchés publics, mais contrairement à ce qui a lieu dans le cadre des appels d'offres des marchés publics, elle est ensuite libre du choix de son cocontractant (*art. L. 1411-1 et 5*). La nouvelle procédure issue de l'article 32 du nouveau Code des marchés publics, la mise en concurrence simplifiée constitue donc un rapprochement entre les deux types de contrats puisqu'elle permet, elle aussi, une négociation après la publicité, même s'il faut noter et regretter que la publicité ne soit pas identique dans les deux cas. Au-delà d'un avantage qualitatif pour la personne publique, l'objectif de la publicité est double : il s'agit d'abord de créer un marché concurrentiel à chaque passation, cette concurrence permettant une meilleure utilisation des deniers publics, il s'agit ensuite de rendre la procédure transparente afin d'éviter les concussions.

En application d'une jurisprudence qui existait avant 1993, les juges estiment que les collectivités délégantes sont tenues de respecter une procédure qu'elles ont déterminée volontairement, notamment si elles ajoutent des précisions non requises par les lois et règlements. Ces ajouts apparaissent par conséquent comme dangereux pour la légalité des délégations et il vaut mieux conseiller de ne pas en faire (*CE, 13 déc. 1996, Synd. intercnal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse et a. : Juris-Data n° 1996-051154 ; Rec. CE, p. 488.*)

68. – Procédure de publicité : une double publication - La procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes qu'oblige le deuxième alinéa de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales est précisé dans un décret en Conseil d'État n° 93-471 du 24 mars 1993 (*JO 26 mars 1993, p. 4773*) codifié à l'article R. 1411-1 du code qui dispose que la personne publique délégante doit effectuer une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Pour la première publication, chaque préfet établit par arrêté une liste des journaux habilités à publier les annonces en question pour son département. Pour la seconde publication (mais les deux peuvent être concomitantes), une plus grande souplesse est laissée aux collectivités, notamment lorsqu'il est difficile de trouver un journal particulier à un secteur. Cette circonstance ne saurait justifier l'absence de cette seconde publication sous peine de nullité (*TA Lyon, 24 sept. 1997, Cie européenne des Bains, req. n° 9304338*).

69. – Le contenu des publications est pour l'essentiel laissé à la libre appréciation de la personne publique délégante. L'article R. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales n'apporte que deux obligations auxquelles on peut en ajouter une troisième de bon sens.

70. – La première est la nécessité de fixer une date limite de présentation des candidatures qui doit être fixée un mois au moins, après la date de la dernière publication. La procédure simplifiée applicable dans le cadre des délégations d'un faible montant (*CGCT, art. L. 1411-12 c.*) impose pour sa part un délai de 15 jours (*CGCT, art. R. 1411-2*). Comme le laisse entendre le texte de l'article R. 1411-1 et comme le confirme une réponse ministérielle (*n° 16626 : JO Sénat Q 19 sept. 1996, p. 2418*), le délai de 30 jours est un délai minimum que l'autorité délégante peut utilement prolonger.

71. – La seconde insertion obligatoire vise à préciser les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature (*CGCT, art. R. 1411-2, dernier al., issu du D. n° 95-225, 1er mars 1995, art. 1er*). Pour ce qui est des modalités de présentation des offres, il s'agit de précisions formelles comme les documents à envoyer et l'adresse de réception des offres. Pour ce qui est de la "nature" de la convention, la jurisprudence n'a pas

eu l'occasion de préciser s'il s'agit de dire simplement que le contrat sera une délégation de service public ou s'il convient de "nommer" le contrat en question (concession, affermage...). Si la deuxième solution paraît la plus utile et, partant, la plus logique, il n'en reste pas moins qu'elle lie par trop le délégant pour la suite de la procédure, ce qui pourrait limiter l'intérêt de la négociation postérieure. La collectivité sûre du contrat qu'elle veut passer pourra par sécurité être précise, mais la simple référence à une délégation de service public peut semble-t-il suffire.

72. – La personne publique ajoutera utilement aux obligations réglementaires des éléments tels que des précisions sur le service délégué, le nom et l'adresse des collectivités concernées ainsi que la précision que la procédure en cours est celle des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. La collectivité précisera aussi utilement l'ensemble des documents qu'il convient de lui faire parvenir afin de lui permettre de sélectionner les offres durant la phase postérieure, le juge vérifiant que les documents demandés par la collectivité permettent véritablement ce choix (*TA Grenoble, 5 déc. 1995, Rémillat : Rec. CE, tables p. 897*).

C. – Admission à présenter une offre et demande des offres

1° Admission à présenter une offre

73. – Limitation des candidats admis à présenter une offre - À la suite de l'appel à candidatures (qui est en réalité une publicité), la personne publique limite le nombre de candidats admis à lui présenter une offre. Aux termes de l'article L. 1411-1, cette limitation doit se faire non seulement sur le fondement de critères précis mais aussi dans des formes fixées.

74. – Critères matériels - Le choix des personnes pouvant présenter une offre doit se faire en fonction de plusieurs critères. Le premier est l'analyse des garanties professionnelles et financières. La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 a inséré au deuxième alinéa de l'article L. 1411-1 un paragraphe explicitant le sens qu'il faut donner à ces garanties professionnelles. Il précise qu'il convient de les apprécier notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Le second critère est celui de l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public. Le lien entre ce critère et les garanties financières est clair, mais le législateur a vraisemblablement voulu que la personne publique regarde aussi la part que représente l'activité confiée dans l'ensemble des activités de la société, ou tout autre élément permettant de s'assurer de la pérennité de l'activité plus que de l'entreprise elle-même. Le troisième critère est celui de l'aptitude des candidats à assurer l'égalité des usagers devant le service public.

75. – Compétence pour faire le choix - Pour ce qui concerne les formes, après des hésitations jurisprudentielles concernant la personne devant faire le choix des entreprises admises (certaines jurisprudences estimant que l'autorité compétente était l'assemblée délibérante – *TA Strasbourg, 22 sept. 1998* –, d'autres qu'il s'agissait de l'organe exécutif – *TA Lyon, 22 mai 2000*), l'article 3-II de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 (*n° 2001-1168*) a inséré un nouvel alinéa 3 à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales qui précise que c'est la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du code qui dresse cette liste. Notons que la mise en place de cette commission est précisée dans les articles D. 1411-3 à D. 1411-5 du code, articles auxquels on se reportera utilement.

76. – Remarques - L'arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1999, "*SMITOM*" (*préc. n° 35*), nous précise deux points. Tout d'abord que la collectivité n'a pas le loisir de fixer par avance le nombre de candidats admis

à présenter une offre. Ensuite que l'analyse des garanties et aptitudes doit se faire de façon objective, c'est-à-dire qu'à partir du moment où un candidat répond effectivement à ces critères, la commission ne saurait l'écartier de la liste des candidats pouvant présenter une offre, par exemple comme dans l'espèce en choisissant les quatre candidats qui lui paraissaient les plus aptes.

2° Demande des offres

77. – Afin de recueillir les offres des candidats admis, la collectivité leur envoie (*CGCT, art. L. 1411-1, al. 4*) un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. La collectivité délégante est invitée à ce stade à respecter le principe d'égalité entre les candidats, c'est-à-dire à donner par ce biais à tous les candidats les éléments que certains seraient susceptibles de connaître et qui permettraient de les mettre dans une situation favorable au regard du droit de la concurrence. La Cour de cassation a par exemple sanctionné pour non-respect de la concurrence la personne publique qui n'avait pas donné à tous les candidats le prix de l'eau pratiqué par un précédent fermier lors du renouvellement de l'affermage (*Cass. com., 3 mai 2000 : Contrats Marchés publ. 2000, comm. n° 19 ; Juris-Data n° 2000-001703*).

78. – Ce document précise aussi le délai dans lequel les offres doivent être envoyées, mais aucun délai légal ou réglementaire n'est ici précisé. La personne délégante devra le fixer en fonction de la difficulté de présenter une offre pour l'entreprise et de sa volonté de voir le contrat vite conclu. Si à l'usage il s'avère que le délai fixé par la personne publique est trop court, celui-ci pourra être prorogé mais il faudra alors l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre (*CE, 22 mars 2000, Lasaulce : Juris-Data n° 2000-060186 ; Rec. CE, p. 127*)

D. – Négociation

79. – Les offres parvenues dans le délai de réception sont ensuite analysées par la commission de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales qui avait déjà précisé les entreprises admises à apporter leur candidature. La jurisprudence a précisé que les personnes étrangères à la commission ne pouvaient assister aux réunions de la commission, notamment lorsqu'il s'agit d'une candidate à la délégation (*TA Strasbourg, 22 sept. 1998, Assoc. S. eau. S, req. n° 97196 : BJCP 1999, p. 196, concl. Pommier, obs. Ch. M. – TA Montpellier, 25 mai 2000, Assoc. de défense des intérêts des usagers et contribuables alésiens : BJCP 13/2000, p. 457*). Cette commission rend ensuite un avis qui est transmis à l'autorité habilitée à signer la convention.

80. – Si aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité, l'article L. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales prévoit le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée.

81. – Le dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales précise que l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. En principe, la collectivité est parfaitement libre de négocier avec qui elle l'entend, en pratique elle ne le fera bien souvent qu'avec les candidats auxquels la commission a donné un avis favorable, et au moins avec ceux pour lesquels la commission n'a pas donné un avis clairement défavorable.

82. – Cette négociation n'a pas de délai fixé, mais l'analyse de l'article L. 1411-7 du Code général des collectivités territoriales montre un délai minimum de deux mois entre la saisine de la commission et la décision finale de l'assemblée délibérante, ce qui conduit à mettre un délai minimum à la négociation toutes les fois que la commission aura rendu son avis en moins de deux mois après sa saisine.

83. – Au cas où la négociation avec un candidat conduit à se rendre compte que, dans l'intérêt du service, il convient d'apporter au projet des adaptations, l'autorité peut faire cette adaptation tant que cela ne porte pas atteinte à l'équilibre du contrat, faute de quoi il y aurait atteinte à l'égalité entre les candidats et nullité de la procédure (*CE, 21 juin 2000, Synd. intercnal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île Guérandaise : Juris-Data n° 2000-060640 ; Contrats Marchés publ. 2000, comm. n° 19*). Cette jurisprudence, on le voit, vient limiter le texte de l'article puisque la discussion est alors bien moins libre que ce qu'il apparaissait initialement.

E. – Décision finale

84. – L'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales *in fine* précise qu'après la discussion, l'autorité habilitée à signer la délégation saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission [...], ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. Le choix est donc fait par l'autorité habilitée à signer la délégation mais avant de signer effectivement, cette autorité (par exemple le maire pour une commune) doit demander un vote de l'assemblée délibérante sur son choix. L'objectif de cette disposition est de permettre à l'assemblée de vérifier que le maire a effectivement respecté la procédure et qu'il a fait un choix éclairé, et pas de refaire elle-même la procédure. En cas de désaccord, elle ne peut que refuser l'autorisation de signer, elle ne peut contraindre à signer avec un autre cocontractant.

85. – L'article L. 1411-7 ajoute, outre le délai de deux mois entre la saisine de la commission et le vote de l'assemblée, que les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant la délibération. Ces dispositions procédurales s'ajoutent aux autres textes sur le droit à l'information des élus locaux, elles ne les remplacent pas (on pense aux articles L. 2121-12 et 13 pour les communes par exemple). Ce vote de l'assemblée délibérante est en effet une délibération classique soumise à toutes les autres règles habituelles (notamment pour son caractère exécutoire, ses délais de recours...).

86. – La personne habilitée à signer le contrat peut ensuite effectivement le signer dans les conditions là aussi habituelles.

III. – Difficultés d'exécutions des délégations de service public

A. – Modifications

1° Avenants et imprévision

87. – L'on peut définir l'imprévision en ce qu'elle suppose un bouleversement du contrat provenant d'une cause quelconque étrangère à la volonté des parties et donne lieu à une réparation partielle fondée sur la nécessité de maintenir l'exécution régulière d'un service public (*Note Mestre ss CE, 15 juill. 1949, Ville*

Elbeuf : S. 1950, 3, p. 61). Applicable aux délégations de service public, l'aléa y est de nature économique, puisque les modifications de l'équilibre financier du contrat devront être extérieures aux parties elles-mêmes : extérieures à la volonté du cocontractant (sinon il y aurait faute exonératoire), étrangères à la volonté de l'autorité administrative contractante (sinon l'on se trouverait dans le cas du fait du Prince).

88. – Les conditions de la modification de l'équilibre financier du contrat doivent en outre présenter la caractéristique d'être imprévisibles. Ainsi tout ce qui aurait pu être prévisible en vertu des calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat (*Concl. Corneille sur CE, 3 déc. 1928, Fromassol : RD publ. 1920, p. 64*) ne pourra donner lieu à indemnisation : augmentation constante et régulière des prix, du coût de la main d'oeuvre, fluctuations prévisibles du coût des matières premières. Le juge écartera de même ce que le simple bon sens permettait de prévoir : la baisse de rentabilité d'une remontée-pente reliant la vallée à une station, en raison du développement d'une station plus haute (*CE, 23 janv. 1959, Cne Huez : Rec. CE, p. 67*) était par exemple prévisible et exclut l'indemnisation. En fait ne seront reconnues comme ouvrant droit à indemnisation que les modifications réellement exceptionnelles, anormales et imprévisibles, telles que peuvent les engendrer les guerres, les crises économiques graves ou tout autre événement de nature exceptionnelle (par exemple *CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux : Rec. CE, p. 125*, la hausse exceptionnelle du prix du charbon du fait de la Première Guerre Mondiale a été reconnue comme susceptible d'ouvrir droit à indemnisation sur le fondement de l'imprévision).

89. – En outre l'imprévision ne trouvera à s'appliquer que si elle engendre un bouleversement véritable du contrat : on parle alors d'un véritable "seuil" d'imprévision (*CE, 8 août 1924, Gaz de Brive : Rec. CE, p. 818*). Cette appréciation entre le simple fait pour le contrat d'être devenu plus "cher", et le droit à application de la théorie de l'imprévision relève naturellement d'une totale appréciation prétorienne.

90. – Enfin, l'indemnisation du cocontractant au titre de l'imprévision étant liée à la seule volonté de permettre, malgré l'intervention d'un aléa économique la continuation du service public, elle trouve sa limite dans le caractère récupérable du bouleversement constaté. À défaut, si le contrat n'est plus "viable", le juge décidera que la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant (...) à demander au Juge la résiliation du contrat (*CE, 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg : Rec. CE, p. 1050*). On notera que cela n'interdit nullement le principe de l'indemnisation, mais cette fois sur un autre fondement que celui de l'imprévision.

91. – Le fondement de l'indemnisation étant non la responsabilité contractuelle de l'Administration, mais toujours la seule volonté d'assurer la continuité du service public, l'indemnisation au titre de l'imprévision sera limitée aux charges extra-contractuelles. Celles-ci sont égales au montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la durée de bouleversement du contrat, déduction faite de la part laissée, selon les cas, à la charge du délégataire (jusqu'à 10 %). Il est parfois possible de cumuler cette prise en charge et une indemnité d'imprévision à la résiliation définitive du contrat (*CE, 14 juin 2000, Cne Staffelfelden : Juris-Data n° 2000-060670 ; BJCP 13/2000, p. 434, concl. C. Bergeal*, dans l'hypothèse de la fermeture sur une longue période d'un site, imposant au délégataire de rechercher de nouveaux approvisionnements à un prix plus élevé).

92. – Il en résultera une situation beaucoup plus précaire que dans l'hypothèse du fait du Prince pour le cocontractant, qui ne sera indemnisé que dans l'extrême limite du seul équilibre financier, éventuellement sans aucun moyen de tirer un quelconque bénéfice de l'exécution de son contrat. Fort heureusement la

théorie de l'imprévision, qui a donné lieu à de nombreuses applications en raison des conflits mondiaux du XXe siècle, est aujourd'hui relativement rare : l'usage systématique des clauses d'indexation dans les contrats, la stabilité mieux contrôlée du cours des matières premières au niveau mondial, la meilleure maîtrise des techniques de prévision économique, ont limité le risque de réalisation de l'imprévision (pour un exemple d'application toutefois, *CE, 14 juin 2000, Cne Staffelden, préc. n° 91*).

93. – L'avenant au contrat de délégation de service public est inhérent aux nécessités de respecter – sur un contrat de longue durée – le principe de mutabilité des contrats administratifs, qui suppose que les parties puissent faire évoluer le contrat en adéquation avec le service public lui-même objet de délégation. Cet avenant au contrat est normalement effectué sans mise en concurrence, mais le recours parfois abusif à l'avenant (moyen de prolongation excessive, de véritable bouleversement du contrat, ou pour ajouter des travaux importants...), a justifié l'intervention de la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, venue compléter la loi de 1993. Actuellement, l'article L. 1411-6 du Code général des collectivités territoriales impose en cas d'augmentation du contrat de plus de 5 % la soumission pour avis à la commission d'examen des offres initiales visée à l'article L. 1411-5. En outre l'organe délibératif décisionnaire sur le projet d'avenant devra être préalablement informé de cet avis.

94. – Le vrai critère est celui de l'appréciation du bouleversement de l'économie générale du contrat. Dans ces conditions, le pouvoir d'appréciation du juge du contrat sera souverain et s'exercera *in concreto*, au cas par cas. Ainsi un avenant confiant la gestion déléguée de la distribution de l'eau à une nouvelle société différente de la société initiale, associé à un deuxième avenant cette fois admettant la sous-traitance à une entreprise très proche de l'ancien exploitant a été à juste titre jugé comme tournant l'esprit de l'avenant pour cacher un nouveau contrat déguisé (*TA Grenoble, 7 août 1998, Betto : Dr. adm. 1998, comm. n° 303*), comme une réduction de 25 % des dimensions et capacités d'accueil d'un palais des congrès dont la gestion était déléguée (*TA Toulouse, 13 avr. 2000, Jacques Levy c/ Cne Toulouse : BJCP 12/2000, p. 340*), ou à l'inverse augmentation de 24 % de la contribution forfaitaire du délégant au délégataire de transports urbains (*TA Lille, 2 juill. 1998, préfet région Nord Pas de Calais c/ Synd. intercommunal des transports publics de la région de Douai : BJCP 1998, p. 72, concl. Célérier*).

2° Modification de la durée

a) Durée

95. – **Rappel** - À l'origine les contrats de gestion déléguée, sans être sans terme (30 à 50 ans, parfois plus), étaient conclus pour des durées excédant toute idée d'amortissement des équipements réalisés. En outre il était possible d'intégrer des clauses de reconduction. La loi du 29 janvier 1993 est venue limiter la durée des conventions de délégation de service public. Reprise à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, cette limite les délégations de service public dans leur durée et précise les conditions de fixation de la durée du contrat. Pour autant, cet article autorise tout de même, à certaines conditions, des prolongations, de même que certains textes spécifiques à certaines conventions ont renforcé la limite de durée (*L. n° 95-101, 2 févr. 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement : JO 12 mai 1995, p. 1840*).

96. – En règle générale la durée des conventions est déterminée en fonction du paramètre de la charge ou non pour le délégataire de l'amortissement des installations. Si celles-ci sont à la charge du délégataire, la durée de la convention ne peut dépasser (mais peut correspondre à la durée normale d'amortissement des

installations mises en oeuvre, *CGCT, art. L. 1411-2*). Il s'agit d'une d'amortissement comptable, au regard des inscriptions de résultats et non d'un terme juridique. Dans le cas d'absence de support de la charge des installations par le délégataire, la durée est variable, en fonction de la nature des prestations demandées au délégataire, dans l'esprit d'une proportionnalité entre les prestations et la durée, avec une relative liberté contractuelle sous la réserve du contrôle minimum du juge, incluant notamment le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (*TA Nancy, 25 janv. 2000, Feidt : Dr. adm. 2000, comm. n° 82 ; Juris-Data n° 2000-109098*).

97. – Pour les délégations relevant de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, en matière d'eau potable, d'assainissement, d'ordures et autres déchets, la durée maximale est de 20 ans – (*CGCT, art. L. 1411-2*). Cette limite se cumule même avec la règle de la durée d'amortissement lorsque le délégataire supporte la charge des installations (*CE, avis, 20 févr. 1996 : EDCE 1996, p. 335. – V. supra n° 25*).

b) Prolongation de la durée de la délégation

98. – Indépendamment de la durée initiale, le Code général des collectivités territoriales admet la prolongation d'une convention de délégation de service public pour des motifs d'intérêt général ou pour permettre la réalisation d'investissements importants.

En cas de motif d'intérêt général, la durée de la prolongation ne peut excéder un an (*art. L. 1411-2 a*), cette limite vise naturellement à circonscrire les violations de durée sous couvert d'une "prolongation". En revanche l'hypothèse du *b*) de l'article L. 1411-2 ne prévoit pas de limite de durée de prolongation. (le principe d'une limite à un tiers de la durée de la délégation de service public dans le texte initial a été censuré par le Conseil constitutionnel comme contraire au principe de libre administration des collectivités locales (*Const. const., 20 janv. 1993, déc. n° 92-316 DC : Rec. Cons. const., p. 14*). Sur le fond, la notion d'investissements matériels non prévus au contrat initial selon le texte vise à la fois des investissements immobiliers ou mobiliers. Toutefois, des conditions sont fixées : les investissements doivent être imposés par la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique. À défaut la prolongation est annulée (*TA Dijon, 5 janv. 1999, Roycourt et Assoc. Auxerre Écologie c/ Cne Auxerre et sté Lyonnaise des eaux : BJCP 3/2000, p. 295, concl. Ph. Lointier*, pour des investissements en faveur d'entreprises privées). Ils doivent en outre être de nature à modifier l'économie générale de la délégation, et différer d'un simple avenant. Ils doivent enfin ne pouvoir être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. En cas de recours à la prolongation alors que le temps restait suffisant pour amortir, le juge sanctionne (*TA Bastia, 5 oct. 1995, préfet Haute-Corse, req. n° 94758*). Cependant en cas de recours à simple avenant alors qu'une prolongation était nécessaire, la censure est encourue également (*TA Marseille, 25 janv. 2000, préfet Bouches-du-Rhône c/ Cne Eguilles : BJCP 14/2000, p. 82*). Les deux hypothèses supposent un vote de l'assemblée délibérante, à l'exception naturellement des délégations de service public pour l'État (*CGCT, art. L. 1411-3, al. 3*).

c) Fin anticipée

99. – Indépendamment de la force majeure, la fin anticipée résultera le plus souvent soit d'une faute du délégataire, soit d'un motif d'intérêt général.

100. – En application de la théorie de l'imprévision, la force majeure pourra, en cas de bouleversement

définitif du contrat, conduire à une résiliation et éventuellement à une indemnisation (CE, 9 déc. 1932, *Cie des tramways de Cherbourg* : D. 1933, p. 17, pour une application en délégation de service CE, 14 juin 2000, *Cne Staffelfelden* : *Juris-Data* n° 2000-060670 ; *BJCP* 13/2000, p. 434, *concl. C. Bergeal*).

101. – La résiliation pour faute est un classique des sanctions contractuelles, que le contrat prévoit expressément ou non cette cause de résiliation (CE, 20 mai 1892, *Tessier* : *Rec. CE*, p. 456, *concl. Romieu*. – CE, 20 janv. 1905, *Cie dptale des eaux* : *Rec. CE*, p. 55, *concl. Romieu*. – CE, 27 nov. 1944, *Ville Avallon* : *Rec. CE*, p. 294) dans le respect des droits du cocontractant. La faute sera une faute "qualifiée", c'est-à-dire grave, à l'appréciation du juge (CE, 21 janv. 1944, *Sté d'entreprises et construction en béton armé* : *Rec. CE*, p. 23). La sanction devra être proportionnelle à la faute, ce qui compte tenu de la gravité de la résiliation limite à la faute grave d'une certaine "densité", notamment au regard du fonctionnement du service délégué. L'indemnisation en cas de résiliation pour faute sera naturellement limitée à la partie éventuellement non amortie des installations.

102. – La résiliation pour motif d'intérêt général existe en principe en droit des contrats administratifs (CE, 9 déc. 1927, *Guargiulo* : *Rec. CE*, p. 1198. – CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : *Rec. CE*, p. 246 ; *AJDA* 1958, II, p. 282, *concl. Kahn*), même si son application aux concessions, modalités de délégation de service public résulte d'une jurisprudence récente (CE, *ass.*, 2 févr. 1987, *Sté TV6* : *Rec. CE*, p. 28 ; *Juris-Data* n° 1987-041310 ; *RFD adm* 1987, p. 29, *concl. Fornacciari*). Fondée sur la nécessité d'adapter le service public délégué, la résiliation pour motif d'intérêt général donne naturellement, lieu à indemnisation, à la fois pour la partie non amortie des équipements, mais aussi pour le manque à gagner (CE, 23 févr. 1906, *Rec. CE*, p. 175, *concl. Saint-Paul*), aujourd'hui estimé le plus souvent par voie d'expertise, dans la limite de la théorie de l'enrichissement sans cause.

3° Modification du délégataire

103. – Elle résultera directement de la cession de délégation de service public ou procèdera indirectement d'un mécanisme de subdélégation.

a) Cession

104. – La cession d'un contrat de délégation est la reprise pure et simple, par le cessionnaire de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat (CE, *avis*, 8 juin 2000 : *Contrat Marchés publ.* 2000, *chron.* n° 1 ; *AJDA* 2000, p. 758, *obs. L. Richer*). La globalité de la reprise s'entend des obligations (CE, *sect.*, 24 mai 1974, *Sté Paul Millet et Cie* : *Rec. CE*, p. 310) comme des droits, notamment à indemnités (CE, *ass.*, 10 janv. 1930, *Cne Pointe-à-Pitre* : *Rec. CE*, p. 32). Pour autant la cession ne saurait être prétexte à une modification du contrat initial, sauf pour des modifications non substantielles. La cession doit être autorisée par le délégant, à peine de nullité absolue (CE, *avis*, 8 juin 2000, *préc.*), mais le refus de cession n'est pas illimité ; seuls certains motifs, dégagés en jurisprudence, valident une opposition à la cession, comme l'aptitude du cessionnaire (CE, *avis*, 8 juin 2000, *préc.*), ou l'intérêt du service (CAA Lyon, 9 avr. 1991 : D. 1992, *jurispr.* p. 60, *note J.-P. Gilli*). Elle n'est pas soumise à publicité et concurrence (CE, *avis*, 8 juin 2000 : "l'on ne saurait envisager une procédure de publicité et de mise en concurrence, pouvant conduire au choix d'un nouveau titulaire du contrat", "qu'une telle procédure n'a d'ailleurs jamais été requise par le Conseil d'État statuant au contentieux").

b) Subdélégation

105. – Les dispositions de la "loi Sapin" n'étant applicables qu'aux délégations de service public des personnes morales de droit public (*CGCT, art. L. 1411-1*), la sous-traitance classique d'une personne morale de droit privé, délégataire de service public, échappe par principe à l'obligation de publicité et de mise en concurrence. Mais si le délégataire agit en qualité de mandataire de la collectivité concédante, le contrat de sous traitance reste soumis à la procédure de publicité et de mise en concurrence applicable aux délégations de service public. On parle alors de subdélégation de service public.

106. – En fait les subdélégations se rencontrent principalement en matière maritime : exploitation des plages, outillage portuaire. C'est dans ce domaine que le juge a imposé le respect de la procédure des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (*TA Nice, 31 mars 1998, SARL Quelart Marine c/ CCI Nice Côte d'Azur et conseil général des Alpes-Maritimes : BJCP 1/1998, p. 105. – TA Nice, 7 déc. 1999, Éts Alain Marine : BJCP 10/2000, p. 204. – CE, 21 juin 2000, SARL Plage Chez Joseph : Juris-Data n° 2000-060639 ; BJCP 12/2000, p. 355. – V. supra n° 21*).

107. – La subdélégation ne décharge par le délégataire principal de ses obligations. En effet, contrairement à la cession, la subdélégation ne fait pas disparaître du jeu contractuel le délégataire originel : il reste, dans ses rapports avec l'autorité délégante, responsable de l'exécution de toutes les obligations stipulées dans le contrat de concession, même pour la partie du contrat dont l'exécution incombe au subdélégataire. Cela est vrai notamment en matière de responsabilité (*CE, sect., Cts Amoudruz : Rec. CE, p. 301. – CE, 4 oct. 1961, Verneuil : Rec. CE, p. 533*).

B. – Contrôles

1° Contrôles administratifs

108. – La collectivité locale délégante est le premier organe naturel de contrôle de la délégation de service public. Ce contrôle trouve sa pierre angulaire dans le rapport annuel du délégataire, imposé par l'article L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales, qui dispose que le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation du service public et une analyse de la qualité du service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. La loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, en son article 2, inséré comme dernier alinéa de l'article L. 1411-3, institue une prise d'acte de ce rapport par l'assemblée délibérante dès la communication de ce rapport dont l'examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion.... Cette information préliminaire et déclarative permet à la collectivité délégante d'obtenir tout complément d'informations.

109. – Naturellement, le contrôle de légalité exerce aussi son contrôle : l'article L. 1411-9 du Code général des collectivités territoriales dispose que les conventions de délégation de service public, soumises à l'obligation de transmission au titre de l'article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales, doivent être accompagnées des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, dans un délai de quinze jours à compter de leur signature.

110. – Les chambres régionales des comptes – à les considérer comme un organe de contrôle administratif et non juridictionnel sur cette mission – interviennent également, sur transmission par le préfet au titre de

l'article L. 1411-18 du Code général des collectivités territoriales. La chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois pour rendre son avis, qui ne constitue naturellement pas un acte attaquant devant le juge du recours de l'excès de pouvoir (*CE, 8 déc. 1995, Dpt Réunion : Juris-Data n° 1995-048484 ; Dr. adm. 1996, comm. n° 75*). Ce contrôle relève davantage de l'expertise financière du contrat.

111. – De toute autre nature, le contrôle des comptes de la délégation de service public résulte de la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, qui donne compétence aux chambres régionales des comptes. Toutes les prérogatives du contrôle des comptes s'exercent dans le cadre cependant d'une procédure écrite et contradictoire. Pour autant ce contrôle reste limité aux comptes de la délégation de service public et les délégataires ne sont pas justiciables de la juridiction financière et ne peuvent être sanctionnés *ès qualité*. Cela réduit dans la réalité l'efficacité et la probabilité d'un tel contrôle par des juridictions par ailleurs surchargées.

2° Contrôles juridictionnels

112. – Les contrôles juridictionnels en matière de délégation de service public sont ceux des marchés publics ; les règles de compétence du juge du contrat, et les référés applicables sont les mêmes, comme le contrôle des juridictions pénales.

113. – La principale procédure efficiente reste aujourd'hui le référé pré-contractuel. Destinées à transposer en droit interne les règles de la directive 89/866 CEE communautaire du 21 décembre 1989, dite directive "recours", les dispositions de l'actuel article L. 551-1 du Code de justice administrative ont été fixées par la loi du 4 janvier 1992, modifiée par la loi "Sapin" du 29 janvier 1993. Elles procèdent d'une idée contentieuse formidable : celle de permettre un réel contrôle efficace de légalité de la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public. En effet, avant le référé pré-contractuel, le contentieux de la passation n'avait – sauf rares cas de contrats à longue durée d'exécution ou d'instruction particulièrement rapide – qu'un sens indemnitaire, permettant au concurrent illégalement lésé ou écarté d'obtenir réparation, mais jamais de suspendre, empêcher ou annuler efficacement une conclusion illicite. Dans ces conditions, l'institution d'une procédure permettant au ... président du tribunal administratif ou son délégué (d'être) saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés et des conventions de délégation de service public constituait nécessairement une avancée dans les moyens d'assurer le respect du principe de légalité dans la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public. Il était évident que pour être pré-contractuel, le référé ainsi institué devait pouvoir être exercé avant la conclusion du contrat. Comme l'écrit le Professeur Chapus C'est son caractère préventif qui donne au référé en cause une raison d'être (*Droit du contentieux administratif : 4e éd., p. 961*). Mais le texte originel de 1992, s'il permettait l'action avant la conclusion n'en faisait pas à notre sens pas une obligation, ni surtout une condition de recevabilité : Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. L'utilisation du verbe peut en faisait nécessairement une simple faculté pour le requérant. Une logique interprétative élémentaire aurait pu également faire penser que la faculté de saisir avant la conclusion s'expliquait par la volonté d'instituer un recours efficace en cas de violation flagrante (atteinte aux règles de concurrence ou de publicité) du Code des marchés publics ou des règles en matière de délégation de service public. Efficace parce que susceptible d'être exercé en amont de la signature, mais *a fortiori* – qui pouvant le plus pouvant le moins – après celle-ci. Pour autant, contre une petite partie de la doctrine (*P. Soler-Couteaux : Répertoire Dalloz communautaire, V° Marchés publics. – P. Terneyre et D. de Béchillon : Répertoire Dalloz Contentieux administratif, V° Contentieux*), la Haute assemblée

choisit de réduire la portée du texte en n'admettant pas la recevabilité du référé pré-contractuel après la conclusion du contrat (*CE, 3 nov. 1995, CCI Tarbes : Juris-Data n° 1995-048472 ; CJEG 1996, p. 67, concl. Chantepy. – CE, 17 janv. 1996, SA Atelier Mériguët Carrère, req. n° 162201 : Juris-Data n° 1996-050049. – 31 janv. 1996, Sté Piani et Sté Chamard, req. n° 162495*), cette solution étant d'ailleurs très vite considérée comme règle évidente. Bien que discutable, le principe d'une procédure de référé réservée à une phase pré-contractuelle laissant au juge du contrat le soin de régler le contentieux contractuel proprement dit, allait être aggravé dans sa portée par la façon dont le Conseil d'État allait fixer la date à retenir dans l'expression avant la conclusion du contrat. Ainsi, la date à retenir n'est pas celle de la notification du marché, voire mieux encore de la décision d'approbation si celle-ci était nécessaire – mais celle de la signature du contrat (*CE, 3 nov. 1995, CCI Tarbes, préc.*), souvent antérieure de plusieurs jours aux deux précédentes. Ainsi l'on devait expressément prévenir l'administration intéressée que l'on exerçait un référé pré-contractuel et la jurisprudence permettait à cette autorité prévenue de lui retirer toute recevabilité par la simple signature du contrat !

114. – Dans ces conditions le référé pré-contractuel n'avait plus aucune efficacité pratique, puisque comme le relevait opportunément un auteur L'Administration est donc avertie sans détours des desseins du candidat malheureux et va se dépêcher de signer le marché ou la convention de délégation de service public rendant sans objet le dépôt de la requête (*B. Poujade, Le référé précontractuel, un premier bilan : Petites affiches 14 mai 1997, p. 17*). Or il y avait pourtant un argument juridique de première importance à faire valoir dans la défense d'une recevabilité – même après signature du contrat – de la procédure du référé pré-contractuel dans le droit communautaire des marchés publics et des délégations de service public. En effet la directive recours 89/866/ CEE du 21 décembre 1989 et celle 92/13/CEE du 25 février 1992 exigeaient en substance que le droit national permette la sanction efficace et rapide des manquements au droit communautaire dans la passation des marchés publics, indépendamment du fait que le marché ait été ou non signé. Sachant que le référé précontractuel français lui-même trouvait son origine dans des exigences communautaires et que le principe de primauté du droit communautaire sur le droit national s'impose aujourd'hui de façon indiscutée l'on pouvait penser que le moyen tiré de la violation conduirait le juge administratif français à admettre la recevabilité après signature de la procédure d'urgence au moins au nom du respect de l'exigence communautaire. Il n'en fut rien et le Tribunal administratif de Lille, dans un jugement remarqué parce que terriblement explicite (*TA Lille, 10 janv. 1997, SA Biwater, cité par B. Poujade, Le référé précontractuel, un premier bilan, préc.*), rejeta un moyen tiré de l'incompatibilité de la loi française de procédure avec les directives.

115. – Heureusement le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 est venu supprimer l'obligation de recours préalable et surtout a permis au juge du référé préfectoral d'enjoindre immédiatement la personne la personne morale de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (*art. L. 551-1, al. 5*).

116. – Ce recours exceptionnel est ouvert aux personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées, c'est-à-dire les candidats potentiels ou évincés, ainsi que le préfet. Mais la théorie des actes détachables permet à toute personne dont l'inintérêt est froissé de contester l'acte administratif unilatéral décidant la délégation de service public par la voie d'un recours pour excès de pouvoir et d'assortir cette procédure principale d'un référé suspension. L'arrêt "*Cayzele*" (*CE, ass., 10 juill. 1996 : Rec. CE, p. 274 ; Juris-Data n° 1996-050694 ; AJDA 1996, p. 732, chron. Chauvaux et Girardot ; CJEG 1996, p. 382, note Ph. Terneyre ; RFD adm. 1997, p. 89, note P. Delvolvé*), est venu ajouter à cette procédure classique la faculté pour les tiers au contrat de

demander, dans le cadre toujours d'un recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires d'un contrat administratif, ce qui constitue l'admission l'action directe des tiers contre un contrat, dans la limite naturellement du caractère réglementaire des clauses contestées (*CE, 14 mars 1997, Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne : RFD adm. 1997, p. 349, note P. Delvolvé*).

117. – La délégation de service public supposant une exécution très longue, contrairement à certains marchés publics, notamment de travaux où le juge du fond intervenaient trop tard, ces procédures principales, malgré leur relative lenteur, garde leur efficacité.

118. – Enfin, les dispositions pénales en matière de marchés publics sont applicables à la délégation de service public (délit de favoritisme ou délit d'avantage injustifié de l'article 432-14 du Code pénal, ou délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du même code).

BIBLIOGRAPHIE

- J.-B. Auby**, *Délégations de service public : comment reconnaître ces conventions* : Mon. TP 8 nov. 1996, p. 50
- J.-B. Auby, Ch. Maugué**, *Les contrats de délégation de service public* : JCP G 1994, I, 3743
- J.-F. Auby, A. Ekam**, *Remarques sur le régime actuel de la délégation de service public local* : Petites affiches 26 oct. 1994, p. 5
- C. Boiteau**, *Les conventions de délégation de service public* : Imprimerie nationale, coll. Action locale, 1999
- M. Cabrillac**, *Le renouveau du contrôle de légalité en matière de délégations de service public* : AJDA 1996, p. 654
- Th. Céliérier**, *Marché public, délégation de service public et établissement public* : Collectivités-Intercommunalité 2001, chron. n° 1
- G. Chenuaud-Frazier**, *La notion de délégation de service public* : RD publ. 1995, p. 175
- E. Delacour**, *La délégation de service public-Évolution depuis dix ans* : Collectivités-Intercommunalité 2003, chron. 7
- Le droit à l'équilibre financier du délégataire* : Mon. TP 30 janv. 1998, p. 54
- Ph. Delelis**, *Délégation de service public et droit pénal* : Collectivités-Intercommunalité, chron. 8
- P. Delvolvé**, *Les contradictions de la délégation de service public* : AJDA 1996, p. 675
- J.-Cl. Douence**, *Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondés sur le mode de rémunération* : RFD adm. 1999, p. 1134
- V. Gollain**, *L'identification des contrats de délégation de service public* : Thèse Université d'Artois, 1998
- M. Gros**, *délégation d'un service public environnemental* : Dr. et patrimoine févr. 1997, p. 33
- Le juge administratif, la procédure et le temps* : RD publ. 1999, p. 1707
- Licéité d'une discothèque sur domaine public* : Dr. et patrimoine avr. 2002, p. 56
- M. Guibal**, *Marchés publics et délégations de service public* : AJDA 1993, p. 186
- Ch. Huglo**, *Point de vue sur une notion très discutée : la délégation de service public* : Petites affiches 16 mai 1994, n° 58

- Ph. Limouzin-Lamothe**, *La pratique de la délégation de service public* : AJDA 1996, p. 572
- D. Linotte, B. Cantier**, *"Shadow tolls" : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels* : AJDA 2000, p. 863
- F. Llorens**, *La cession des marchés publics et des délégations de service public* : Dr. adm. 2000, chron. n° 1
- F. Linditch**, *Le droit des marchés publics* : Dalloz 2002, coll. Connaissance du Droit
- Ch. Maugüé**, *Les délégations de service public et le juge administratif* : AJDA 1996, p. 597
- Ch. Maugüé, L. Deruy**, *Commentaire de l'avis du Conseil d'État relatif à la cession de contrats* : CJEG 2001, p. 103
- J. Morand-Deville**, *La réalisation du grand stade de Saint-Denis* : Petites affiches 26 juill. 1995, n° 89
- J.-E. Mottes**, *Le contrôle financier des délégations* : AJDA 1996, p. 661
- Ph. Terneyre**, *La notion de convention de délégation, éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire* : AJDA 1996, p. 588
- Ph. Zavoli**, *Les conventions de délégation de service public* : Cah. fonct. publ. 2001, p. 4.