

LES DÉLÉGATIONS DE SERVICES PUBLICS SONT-ELLES AMENÉES À DISPARAÎTRE ?

Entre les marchés publics et les contrats de partenariat public privé, on peut légitimement s'interroger sur le devenir des délégations de service public (DSP).

Depuis près de quatre ans, l'actualité juridique et l'activité réglementaire sont en effet axées sur les marchés publics et la rédaction d'un nouveau Code ayant pour objectif de simplifier les procédures et satisfaire à la fois les personnes publiques et leurs cocontractants.

Une réécriture complète du Code des marchés publics a ainsi eu lieu en 2001, et a, à nouveau, fait l'objet d'une réforme le 7 janvier 2004 (Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004).

Par ailleurs, depuis quelques mois, les acteurs des contrats publics ne parlent que des PPP (Partenariats Publics Privés), récemment encadrés par la Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit et l'Ordonnance n°2004-554 du 17 juin 2004.

Cette toute nouvelle catégorie de contrats publics, qui attise toutes les curiosités, doit encore trouver sa place et être mieux définie, notamment au regard du bail emphytéotique administratif déjà existant et auquel certaines formes de PPP ressemblent étrangement.

Face à cette instabilité de la réglementation des marchés publics et cette nouveauté contractuelle que sont les PPP, on peut se demander si les délégations de service public ne sont pas délaissées aussi bien par le législateur que par les acteurs de la commande publique.

Les DSP ne constituent-elles pas des contrats publics en voie de disparition ?

Pour connaître leur actualité et éventuellement leur avenir, il faut rappeler les origines législatives des DSP et définir leurs principales caractéristiques par rapport aux autres contrats publics.

I - Genèse et définition des délégations de service public

Bien que le droit français connaisse depuis plus de cent ans ce que l'on appelle les concessions de service public, les DSP contemporaines connaissent une existence de près de quinze ans et ont dû attendre l'année 2001 pour se voir définies par le législateur.

A - L'historique des délégations de service public modernes

Depuis toujours, l'administration française, chargée de la gestion des services publics, a souhaité déléguer celle-ci à des tiers tout en conservant un droit de contrôle sur l'activité.



Par Virginie Claoue-Heylliard,
Avocat à la Cour

C'est ainsi, grâce à ce procédé contractuel, qu'ont été construits, tout au long des 19^{ème} et 20^{ème} siècles, la plupart des grandes infrastructures ferroviaires, autoroutières, mais aussi les réseaux de production et de distribution de gaz, d'électricité ou encore d'eau et d'assainissement.

Ce procédé est toujours utilisé, à l'heure actuelle, pour la réalisation de grands ouvrages publics comme par exemple, pour citer un chantier récent, le viaduc de Millau.

La décentralisation réalisée en France au début des années 1980 a permis d'accroître la liberté contractuelle des structures publiques locales (communes, départements, régions, établissements publics...), mais a également donné lieu à un certain nombre d'abus, notamment des affaires de corruption liées à l'attribution des contrats de concession de services publics.

Pour mettre fin à de telles pratiques, le législateur français, inspiré par les principes communautaires de publicité et de mise en concurrence, a posé des règles de passation et d'exécution des DSP dans la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 sur la Prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite Loi Sapin, sans pour autant en apporter une définition claire.

B - A la recherche d'une définition des délégations de service public

Si, a priori, l'objet d'une DSP est bien de confier au cocontractant un service public, cette seule circonstance ne suffit pas à donner au contrat la qualification de DSP.

En l'absence de définition textuelle, la jurisprudence a dû dégager, comme critère de définition, celui de la rémunération comme moyen de distinction entre un contrat ayant la forme juridique d'une DSP soumise à la loi SAPIN de 1993, et un marché public soumis au Code du même nom (voir, notamment, CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône, Rec p 137 ; CE Ass 30 juin 1999, Smitom, rec p 229, AJDA 1999 p 714, concl C. Bergeal et note JM Peyriral).

Cette définition jurisprudentielle a été codifiée au travers de la loi Murcef du 11 décembre 2001 (Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) d'où il résulte que :

« 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 chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Pour être en présence d'une DSP, la rémunération du titulaire du contrat doit donc être substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service.

Sans reprendre l'ensemble du débat doctrinal et jurisprudentiel qui a fait rage autour du terme « *substantiellement* », il faut avoir à l'esprit que l'entreprise privée, titulaire d'une DSP, connaît un risque économique dans la gestion de son contrat, à la différence du titulaire d'un marché public, rémunéré par un prix fixe, qui ne connaît pas ce risque économique.

Cependant, la part liée aux résultats de l'exploitation du service permettant de qualifier un contrat en DSP est variable en fonction de l'activité concernée.

Dans son arrêt Smitom du 30 juin 1999, le Conseil d'Etat a considéré qu'en matière de gestion de traitement des ordures ménagères, le contrat pouvait être qualifié de DSP, et ce, alors même que l'on se trouvait en présence d'une rémunération directement versée par la collectivité locale à hauteur de 70% des recettes perçues par le délégataire.

Ainsi, avec uniquement 30% de sa rémunération liée aux résultats de l'exploitation du service de traitement des ordures ménagères (vente d'énergie, par exemple), la Haute juridiction a considéré que cette rémunération du délégataire était « *substantiellement* » liée aux résultats de l'exploitation du service, et a reconnu au contrat sa qualification de DSP.

Les DSP sont donc des contrats qui ont pour objet la gestion d'un service public, avec une rémunération du délégataire substantiellement liée aux résultats d'exploitation dudit service, et dans lesquels *l'intuitu personae* a une importance certaine puisque l'entreprise délégataire fournit directement des prestations aux usagers, sachant que le caractère substantiel de ladite rémunération doit s'analyser au cas par cas, au regard du risque économique réel supporté par les titulaires de ces conventions.

II- L'actualité et le devenir des délégations de service public

Après 11 ans d'existence légale réglementée et de pratique, les DSP demeurent un outil contractuel incontournable pour les collectivités locales dans des domaines aussi variés que la fourniture d'eau, l'assainissement, la gestion d'équipements sportifs ou culturels ou encore les transports publics de voyageurs.

A - Des formes variées de délégations pour des activités diversifiées

En fonction des caractéristiques propres à chaque domaine d'activité, la forme contractuelle de la DSP est appelée à varier.

Ainsi, pour la production et la distribution de l'eau potable qui nécessite la réalisation de travaux (ouvrages de production, raccordements, branchements etc...) mais également la fourniture d'un service (la distribution aux usagers), la concession de travaux publics et de service public est souvent mise en place.

Le concessionnaire, qui se rémunère sur les redevances des usagers, doit assumer la charge des frais de pré-établissement, la durée importante du contrat devant permettre d'amortir ses investissements.

En ce qui concerne l'assainissement et plus particulièrement les stations d'épuration des collectivités, il arrive souvent que leurs ouvrages (canalisations et usine) soient confiés à l'entreprise qui assure la gestion du service public à ses risques et périls, sous la forme d'un contrat dit d'affermage, et reversera à la collectivité une surtaxe sur ses revenus tirés de l'exploitation.

Enfin, la régie intéressée permet à une entreprise d'assurer la gestion d'un service public en agissant pour le compte de la collectivité, en étant rémunérée forfaitairement suivant une indexation sur le chiffre d'affaire réalisé.

Dans l'arrêt précité du Smitom, le syndicat avait choisi cette forme de DSP pour confier au régisseur l'exploitation de la filière de traitement des déchets ménagers ; sachant qu'à la différence de la rémunération forfaitaire, le contrat avait donc prévu une part de rémunération perçue « en propre ».

B - Les procédures de passation des DSP comme modèles

La particularité des DSP réside dans la souplesse de leurs procédures de passation qui apparaît, face à la lourdeur de certains autres contrats publics, comme un gage de simplification ; ce qui correspond précisément à l'esprit du nouveau Code des marchés publics, en tout cas en dessous du seuil de la procédure de l'appel d'offres.

Bien que soumises à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables - plus ou moins contraignantes selon le montant considéré du projet de la convention de délégation - permettant de favoriser un recueil diversifié d'offres, les obligations restent, à ce jour, moins formalistes que les procédures d'appel d'offres du Code des marchés publics.

Les procédures issues de la Loi Sapin permettent en effet de respecter les principes de publicité et de concurrence tout en laissant la possibilité à la personne publique et aux entreprises sélectionnées de discuter et de négocier (d'où l'importance de *l'intuitu personae* dans les DSP), alors que, dans le cadre des procédures d'appel d'offres, tout échange entre l'administration et les candidats s'avère impossible.

Cette relative souplesse dans la procédure de passation des DSP a fortement inspiré les rédacteurs du nouveau Code des marchés publics version 2004 qui a accru les possibilités de discussion avec les marchés négociés, la procédure du dialogue compétitif ou encore les marchés de procédure adaptée, les derniers se situant en dessous du seuil de l'appel d'offres.

Loin d'être des contrats en voie de disparition, les DSP servent donc de modèle aux autres contrats publics.

C - Un avenir prometteur pour les DSP

Si jusqu'alors le droit communautaire semblait ignorer l'existence des DSP, de par l'absence de toute réglementation en la matière - sauf s'agissant du cas spécifique des concessions de travaux publics - une évolution semble également ici se marquer.

Dans son livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, publié le 30 avril 2004 (Livre vert de la Commission Européenne du 30 avril 2004, COM (2004) 327 final), la Commission de Bruxelles évoque la possibilité de s'inspirer des législations existantes dans certains Etats membres pour établir un droit européen des concessions, la loi Sapin étant, bien évidemment, directement concernée.

La Commission envisage ainsi de proposer une action législative visant à coordonner les procédures de passation des concessions dans l'Union Européenne, cette nouvelle législation venant s'adjoindre aux textes existants en matière de marchés publics.

A défaut de s'éteindre, les DSP devraient donc trouver un nouvel essor avec cette prise en compte par le droit communautaire.

Enfin, au niveau national, le futur proche des DSP risque d'être riche en événements, puisque l'on estime qu'entre 2005 et 2007, la grande majorité des contrats d'eau et d'assainissement qui ont été signés il y a 15 ou 20 ans par les collectivités territoriales avec des entreprises privées vont prendre fin.

Ainsi, en moins de deux ans, près de 800 nouvelles DSP vont devoir être passées en France pour le seul domaine de l'eau et de l'assainissement.

Les DSP ont donc de l'avenir et restent un outil contractuel important et incontournable pour les personnes publiques qui auront toujours besoin de déléguer la gestion de leurs services publics.

En conclusion, si l'actualité juridique du droit des contrats publics en France fait la part belle aux marchés publics et aux PPP, les contrats de DSP n'en restent pas moins vivaces.

Quelques dizaines d'années de pratique ont démontré que ce type de contrat constituait un outil parfaitement adapté pour la réalisation de montages contractuels dans des domaines particuliers, aussi techniques et pointus que les services publics de transports des voyageurs, la fourniture d'eau ou le traitement des déchets par exemple.

La longue durée de ces contrats permet d'assurer à la fois la pérennité économique de l'entreprise délégataire, mais également et surtout celle du service offert aux usagers, tout en permettant aux structures publiques de conserver, au travers des contrôles exercés sur le délégataire, la maîtrise de ce dernier.

La prise en compte par le droit communautaire de l'existence même des DSP, la volonté de Bruxelles d'en donner une définition juridique et d'en préciser les modalités de passation en s'inspirant de la loi française, en la matière, assurent aux DSP un avenir et une place importante dans le droit des contrats publics.

Virginie Claoue-Heylliard,
Avocat à la Cour,
Cabinet Delcros-Peyrical-Mirouse



clicpme.fr

Le site d'annonces
de cessions et d'acquisitions
des entreprises

un CLIC

pour vendre

pour trouver

pour évaluer

sa PME

Toutes nos annonces sont
en consultation gratuite