# 3

# Les délégations de service public

L'examen de la gestion des services publics locaux occupe, de longue date, une place importante dans les travaux de la Cour et des chambres régionales des comptes. Ainsi, les services publics d'eau et d'assainissement ont fait l'objet de deux insertions de synthèse publiées aux rapports publics de 1976 puis de 1989. A la suite de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992, un rapport public particulier a été consacré à la gestion de ces services en 1997. Les transports urbains de voyageurs, le stationnement payant, les réseaux câblés, la restauration collective ont fait également l'objet d'enquêtes dont les résultats ont été publiés dans les rapports publics de 1990, 1992 et 1998.

Au-delà de la diversité des réglementations applicables à chacun de ces secteurs, ces travaux ont mis l'accent sur l'insuffisante maîtrise des coûts et l'opacité de la gestion lorsque celle-ci était déléguée à des entreprises privées.

Pour remédier à cette situation, la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin a instauré une procédure de mise en concurrence des délégations de service public assortie d'une limitation dans leur durée des conventions correspondantes. Par la suite, la loi du 8 février 1995 a introduit l'obligation pour le délégataire de produire un rapport annuel sur les comptes et la qualité du service afférent à l'exécution de la délégation.

L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions a créé les conditions d'un rééquilibrage des relations entre les autorités délégantes et les délégataires. Leur traduction dans les faits ne manque pas, cependant, de se heurter au poids des situations acquises. Par ailleurs, leur application soulève de nombreuses questions d'interprétation. A travers leurs interventions, les chambres régionales des comptes s'efforcent de favoriser, dans sa

lettre comme dans son esprit, la correcte application de cette nouvelle législation.

Les chambres sont amenées à formuler des observations sur des délégations de service public dans le cadre du contrôle des comptes et de la gestion des autorités délégantes. Depuis la loi du 8 février 1995 précitée, ces observations peuvent également se fonder sur la vérification auprès des délégataires des comptes produits par ces derniers. Cette disposition nouvelle laisse, bien entendu, subsister la possibilité de procéder directement à la vérification des comptes et de la gestion de l'organisme délégataire s'il s'agit d'une société d'économie mixte ou d'une association subventionnée. Par ailleurs, les chambres sont conduites à émettre des avis sur les conventions de délégation de service public dont elles peuvent être saisies par les préfets.

La synthèse suivante est fondée sur les observations contenues dans une centaine de communications adressées aux autorités délégantes au second semestre 1998 et au cours de l'année 1999. Elle illustre les progrès réalisés mais aussi les obstacles qui subsistent sur la voie de la concurrence et de la transparence, sans prétendre, toutefois, présenter une vue générale comparable à celle des enquêtes préalablement citées.

## I. – La concurrence et les délégations de service public

### A. – La procédure d'appel à la concurrence

La procédure de mise en concurrence instaurée par la loi du 29 janvier 1993 aurait dû bénéficier, dans les années suivant son adoption, aux délégations les plus anciennes dont l'attribution devait être renouvelée.

Force est de constater, cependant, qu'un certain nombre de ces dernières ont été dénoncées avant terme pour être attribuées au même délégataire, dans les semaines précédant la promulgation de la loi voire dans les semaines qui se sont écoulées entre la publication de la loi et sa date d'effet ou celle de ses décrets d'application. Ces renouvellements anticipés ont été relativement fréquents dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, dans lequel les opérateurs ont également recouru, pour prolonger la durée de leurs contrats, à des

pratiques que la loi a entendu prohiber, consistant à repousser le terme de la délégation à l'occasion d'avenants pour travaux, sans que le coût de ces derniers le justifie. Ainsi, la délégation du service d'eau d'une collectivité de 30 000 habitants a été prolongée de cinq années lors de la mise en place d'un système d'information géographique, dont le coût net, soit 284 775 F, aurait entraîné une majoration du prix de l'eau de moins de 1 %. De même, la réalisation d'équipements du service d'assainissement d'une collectivité de près de 100 000 habitants a donné lieu à la conclusion d'un avenant de prolongation, malgré un avis contraire de la direction de la concurrence, estimant qu'il ne s'agissait pas d'investissements lourds mais de travaux de renouvellement qui devaient donc être effectués sans augmentation de la durée du contrat.

La mise en œuvre de la procédure prévue par la loi a été également différée par l'invocation de clauses de tacite reconduction, devenues pourtant caduques depuis l'entrée en vigueur de celle-ci. Des conventions liant, en particulier, des collectivités à des associations ou à des sociétés d'économie mixte ont pu être ainsi reconduites d'année en année, en méconnaissance d'un avis rendu à ce sujet par le Conseil d'État le 27 juin 1996, jusqu'à l'intervention de la chambre.

Lorsque, par exception, des conventions anciennes ont été renouvelées, les constations faites montrent que les procédures de consultation ont, parfois, été entachées d'erreurs dans la rédaction du cahier des charges, ou d'irrégularités telles que l'absence de motivation du choix du candidat ou le non respect du règlement de consultation. Les délais pour procéder à la consultation n'ont pas toujours été respectés. L'échéance du renouvellement de la délégation, comme la finalité de la procédure, peuvent même, dans certains cas, avoir été totalement ignorées. Observation a ainsi été faite à une collectivité que la décision de reconduire le même délégataire à l'issue d'une consultation ne pouvait justifier que celle-ci ait été organisée deux ans après le terme de la précédente convention et que la consistance du service, notamment des biens immobiliers et matériels nécessaires à l'exploitation, n'ait fait l'objet d'aucune évaluation à cette occasion.

La mise en œuvre de la loi du 29 janvier 1993 n'a pas rencontré les mêmes obstacles pour l'attribution des délégations nouvelles qui faisaient assez fréquemment l'objet de modalités de sélection diverses antérieurement à son adoption. La mise en concurrence apparaît,

cependant, dans certains cas purement formelle, l'autorité délégante ne respectant pas les critères de choix qu'elle s'est elle-même fixés. Dans d'autres cas, les conditions de la consultation initiale peuvent se trouver ultérieurement viciées par la conclusion d'un avenant modifiant substantiellement la consistance de la délégation. Parfois même, cette modification peut être telle qu'une nouvelle mise en concurrence aurait dû s'imposer. Ainsi, à la suite d'opérations de fusion et de rachat intervenues entre différentes sociétés, plusieurs communes d'une même région ont accepté de se plier aux exigences du nouveau concessionnaire et, notamment, d'allonger de vingt à trente ans la durée de la délégation. Lorsque leur contrat se trouve transféré à une autre société, les collectivités ne sauraient être tenues de souscrire à de tels aménagements et devraient procéder à un nouvel appel à la concurrence.

## B. – Les critères de qualification des délégations de service public

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, le Conseil d'État a été conduit à préciser les critères permettant, notamment, de distinguer les contrats de délégation de service public des marchés publics. L'élément essentiel caractérisant la délégation réside dans l'existence d'un lien substantiel entre la rémunération du contractant et les résultats de l'exploitation. En l'absence d'une telle relation, le Conseil d'État a jugé qu'un contrat de gérance était un marché public (CE, 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges). Mais il a considéré qu'une régie intéressée était une délégation si elle comportait un élément de risque pour le contractant (CE, 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais).

Dans le cadre de leurs contrôles a posteriori, les chambres n'ont pas compétence pour requalifier un contrat. Mais elles relèvent les ambiguïtés de certaines situations au regard du critère jurisprudentiel précité et font, le cas échéant, observer qu'une qualification correcte aurait impliqué la mise en œuvre des procédures plus contraignantes prévues par le code des marchés.

Ainsi, des conventions peuvent se voir attribuer le caractère de délégation, alors qu'aucune redevance n'est perçue par l'exploitant auprès des usagers, ainsi que la Cour l'a relevé à l'occasion de son rapport public de 1998 dans le cas de la restauration collective. Pour

d'autres conventions, ayant pour objet l'exercice d'activités à caractère non lucratif, la contrepartie peut résider dans la mise à disposition des moyens correspondants, ce qui rend leur qualification juridique particulièrement incertaine.

La frontière entre marchés et délégations devient, par ailleurs, très ténue, lorsqu'un changement mineur du mode de rémunération suffit à faire basculer un service de l'un à l'autre mode d'exploitation. La nature du contrat peut, ainsi, se trouver modifiée en cours d'exécution. Il a été constaté, par exemple, que la gestion d'une installation avait été confiée à la même société successivement sous forme d'un affermage puis d'un marché d'exploitation ou encore qu'une convention de régie intéressée avait été transformée en un contrat de gérance avec intéressement sans appel à la concurrence.

Or, les obligations de l'exploitant ne sont pas identiques selon qu'il opère dans le cadre d'un marché ou d'une délégation. En particulier, l'obligation de produire un rapport annuel ne s'impose que si l'exploitant intervient dans le cadre d'une délégation. Le besoin d'informations de l'autorité administrative est pourtant semblable dans les deux cas. Quel que soit le mode d'exploitation, l'administration est, d'ailleurs, tenue de publier un rapport sur le prix et la qualité du service en matière d'eau, d'assainissement et d'élimination des déchets. De même, les délégations doivent être désormais limitées dans leur durée. Or, il a été constaté que des marchés d'exploitation avaient été prolongés sur une durée supérieure à celle qui aurait été permise dans le cadre d'une délégation au motif invoqué que la durée des marchés n'est pas réglementée. De telles différences de régime, lorsqu'elles tiennent uniquement au mode de rémunération de l'exploitant, ne paraissent pas justifiées.

Dans de rares cas les chambres peuvent être conduites à émettre des réserves sur la validité d'un contrat, en particulier lorsque le caractère de service public de l'activité, objet de celui-ci, a donné lieu à une appréciation manifestement inexacte. Ainsi, l'exploitation d'un théâtre ou d'une salle de spectacle municipal relève d'une activité de service public et doit donc faire l'objet d'une procédure de délégation et non d'un simple contrat de location. A l'inverse, la concession et la mise en gérance d'un hôtel de luxe ne revêtent pas le caractère d'intérêt général permettant de recourir légalement à une telle procédure.

La compétence de l'autorité délégante pour signer le contrat conditionne également à l'évidence sa validité. Or, certaines

collectivités, membres, notamment, de districts ou de communautés urbaines, continuent, parfois, à passer des conventions dans des domaines dont la compétence a été transférée à ces derniers. Outre ses possibles implications financières, une telle immixtion a pour effet de déposséder l'assemblée délibérante du groupement de son pouvoir de décision et de lui ôter la maîtrise d'un service relevant de ses missions.

Il est significatif de constater que la plupart des observations portant sur la nature du service ou sur les compétences de l'autorité délégante mettent en jeu des associations ou des sociétés d'économie mixte locales. Si les règles applicables aux délégations de service public ne font pas d'exception pour ces organismes, le caractère non essentiellement commercial de leur activité ou l'étroitesse des liens les unissant aux collectivités suscitent des difficultés d'application des textes qui peuvent être à l'origine de situations plus ou moins litigieuses.

Ainsi, l'attribution de la gestion d'un équipement culturel à une association spécialement créée à cet effet, sous l'impulsion du ministère de la culture, ne paraît-elle pas en soi contestable, même si des manquements aux règles de publicité ne peuvent, pour autant, être admis. La participation d'une collectivité au capital d'une société d'économie mixte délégataire d'un service ne relevant plus de sa compétence apparaît, en revanche, discutable, dès lors qu'elle permet à cette collectivité de conserver un droit de regard sur une délégation à laquelle elle n'est pas partie.

Une mauvaise application de la réglementation peut traduire la mainmise de certaines collectivités sur des associations ou sur des sociétés d'économie mixte locales. Pour autant, toute difficulté n'est pas écartée dans la mise en œuvre de la loi, lorsque ces organismes sont réellement autonomes. Plusieurs questions parlementaires ont attiré l'attention, en particulier, sur les limites d'une assimilation des procédures de délégation à des appels d'offres, pour les activités d'intérêt général que ces organismes ont habituellement vocation à exercer et qui ne relèvent pas nécessairement du marché concurrentiel. Les chambres régionales ne peuvent que confirmer, en la matière, la teneur des réponses ministérielles selon lesquelles la loi s'applique quelle que soit la forme juridique du délégataire ou la nature du service public délégué, tout en constatant que certains problèmes, liés à la mise en œuvre des règles de publicité ou à la part des

considérations de confiance réciproque (l'intuitu personae) dans le choix de l'attributaire, demeurent mal résolus.

## C. – La durée du contrat et les clauses prohibées

Pour permettre à la concurrence de s'exercer, les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci ne peut, aux termes de la loi, dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Il convient, en effet, que le délégataire puisse étaler sur la durée du contrat la répercussion dans les charges d'exploitation du coût des installations qu'il a financées.

La notion de durée normale d'amortissement laisse, cependant, subsister une large marge d'appréciation et varie selon la nature des installations. De ce fait, certaines délégations peuvent être conclues pour des durées très longues sans que les coûts de l'opération et leur impact tarifaire le justifient. C'est en particulier le cas lorsque la concession porte sur la réalisation d'un bâtiment. Ainsi, la délégation de la gestion d'un golf communal, comportant l'exploitation du terrain, la construction et la gestion des infrastructures d'accueil, a pu être conclue pour une durée de 60 ans. Encore la durée prévue à l'origine était-elle de 99 ans et a été ramenée à 60 ans pour sanctionner le retard pris par le délégataire dans la mise en service des équipements, au regard de ses engagements.

De plus, la référence à la durée d'amortissement se justifie, comme le précise la loi, lorsque les installations sont à la charge du délégataire. Lorsqu'elles sont à la charge du délégant, la durée de la délégation, déterminée par la collectivité, peut être bien inférieure, comme le prévoyaient du reste les anciens cahiers des charges type en matière d'affermage. Or, cette distinction tend, parfois, à être perdue de vue. Ainsi, des durées de 15 ans, 20 ans, voire 30 ans ont pu être observées pour des contrats d'affermage de l'eau et de l'assainissement conclus en 1993, reconduisant, d'ailleurs, pour certains d'entre eux des conventions d'une durée équivalente. La loi du 2 février 1995 a fixé, depuis lors, à vingt ans la durée maximale des délégations dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets. Cette limite applicable lorsque le délégataire supporte la charge des investissements implique, a fortiori, la fixation de durées sensiblement plus courtes lorsque celui-ci ne participe pas au financement des équipements.

La possibilité prévue par la loi de prolonger la délégation, lorsque la réalisation de travaux non prévus au contrat le justifie, permet également, le cas échéant, d'en repousser le terme d'une durée égale à l'amortissement des nouveaux investissements. Cette disposition est la transposition logique de celle fixant la durée initiale de la délégation. Elle a, cependant, pour effet de différer pour une durée parfois très longue la révision des conditions de tarification du service rendu, qui devrait intervenir à la date du renouvellement de la délégation. Or, rien ne garantit que les tarifs appliqués sur la période de prolongation ne seront pas supérieurs au coût du service supporté par le délégataire, compte tenu, notamment, des charges venant à échéance au terme du contrat initial. Les chambres sont donc conduites à interpréter strictement les dispositions de la loi et à exprimer des réserves sur la régularité d'avenants de prolongation, lorsque des travaux, conduisant par exemple à transformer un affermage en concession, auraient justifié la conclusion d'une nouvelle délégation.

Dans le but de prévenir des pratiques condamnables et de garantir un égal accès des candidats, la loi du 29 janvier 1993 prohibe toutes clauses par lesquelles le délégataire prendrait en charge des services ou des paiements étrangers à l'objet de la délégation.

Cette disposition vise, notamment, à mettre un terme au versement de droits d'entrée injustifiés pour l'obtention de contrats de délégation. Le principe de tels versements même affectés au budget communal avait, d'ailleurs, été déjà sanctionné par la jurisprudence administrative, laquelle avait estimé que les sommes versées, n'étant pas utilisées dans le cadre du service délégué, constituaient un transfert de charges du contribuable vers l'usager. Les observations les plus récentes des chambres offrent assez peu d'exemples de la continuation de telles pratiques. Certaines portent, néanmoins, sur des montants significatifs : 26 MF soit 10 % des recettes du budget pour une commune de près de 20 000 habitants, 250 MF et 90 MF pour deux communes plus importantes. Dans les trois cas, les versements, émanant de services d'eau et d'assainissement, ont été utilisés pour alimenter le budget principal et donc à des dépenses totalement étrangères à l'objet de la délégation. Dans le dernier d'entre eux, le contrat avait été conclu postérieurement à l'adoption de la loi du 29 janvier 1993. Le règlement de la somme correspondante, échelonné entre 1993 et 1999, s'est poursuivi, bien que la loi du 2 février 1995 ait expressément interdit le versement de droits d'entrée, quel que soit

leur objet, pour les délégations de service public concernant l'eau, l'assainissement et les ordures ménagères.

## II. – L'équilibre financier et la transparence des services délégués

### A. – Les clauses financières et la notion de risques et périls

Les clauses financières des conventions de délégation sont fixées librement par les cocontractants et peuvent être, de ce fait, plus ou moins précises ou détaillées. Complétant les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, la loi du 8 février 1995 a, cependant, introduit une obligation de transparence dans la fixation des tarifs à la charge des usagers, ces tarifs devant être stipulés dans la convention. Celle-ci doit également préciser l'incidence sur les tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Les tarifs fixés et la formule de révision devraient, normalement, refléter le niveau et la structure des charges. Cependant, rien ne permet a priori de penser qu'il en soit bien ainsi. Au contraire, il a été constaté que des délégataires tendaient à s'affranchir, par avenant, de clauses liant explicitement certains tarifs, en l'occurrence d'abonnement, aux charges prévisionnelles. Par ailleurs, il n'est pas rare que des tarifs préférentiels soient accordés à certaines catégories d'usagers en dehors de toute stipulation contractuelle.

La mise au point des contrats s'appuie, en principe, sur des comptes prévisionnels permettant de mettre en regard les prix et le coût du service rendu. Cependant, il n'est pas toujours établi de budgets prévisionnels. Par ailleurs, ceux-ci n'ont généralement pas de valeur contractuelle

Certains délégataires de services bénéficiant d'une clientèle captive, par exemple dans le cas de l'eau et de l'assainissement, tendent à considérer que la contrepartie du prix se limiterait à une obligation de résultat. Les tarifs n'auraient donc pas selon eux à être justifiés par rapport aux coûts. Pour d'autres services dont la rentabilité est moins assurée, les délégataires sollicitent et obtiennent, cependant, le bénéfice de clauses de sauvegarde qui les garantissent contre d'éventuelles pertes d'exploitation. Ces clauses peuvent prendre différentes formes, telles qu'une participation d'équilibre en

cas de déficit, une prise en charge des annuités d'emprunt à hauteur des besoins de trésorerie ou encore une garantie de recette en cas d'insuffisance de fréquentation. L'introduction d'une telle clause alors que la viabilité d'un projet parait établie au regard des comptes prévisionnels conduit à mettre en doute la qualité voire la sincérité des études préalables. Ainsi, la concession d'un parking a pu être engagée sur la base d'hypothèses de fréquentation qui se sont révélées très surévaluées, puisque quinze fois supérieures à la fréquentation réelle de l'ouvrage. Le contrat comportait une clause de sauvegarde. La collectivité a couvert par une subvention d'équilibre le lourd déficit de ce service.

En l'absence d'encadrement légal pour les clauses autres que tarifaires, les autorités délégantes se satisfont souvent de dispositions contractuelles insuffisamment protectrices de leurs intérêts en matière de coûts. Ainsi, les contrôles montrent que, faute d'une définition précise des obligations respectives du propriétaire et de l'exploitant en matière de travaux, certains transferts de charges peuvent être rendus possibles. Dans une certaine mesure, la liberté contractuelle se trouve d'ailleurs restreinte par les règles que certains délégataires tendent à imposer dans leurs différents contrats. Ainsi, certains d'entre eux considèrent que l'obligation de renouvellement des équipements est assimilable à un risque et que la provision correspondante peut être forfaitisée, les économies éventuellement réalisées sur les travaux de renouvellement faisant partie intégrante du bénéfice de l'exploitant. Les mêmes sociétés n'hésitent pas, pourtant, à répercuter immédiatement dans les tarifs la programmation de travaux nouveaux, par voie d'avenant, et à maintenir ces hausses alors même que ces travaux se trouvent par la suite différés voire abandonnés. De telles pratiques ont été sanctionnées par les juridictions civiles qui ont rappelé le principe selon lequel les sommes perçues par le concessionnaire sur les usagers du service doivent correspondre au prix d'un service rendu.

## B. – La production et la transparence des comptes

La production de comptes-rendus techniques et financiers s'est imposée, de longue date, comme une clause essentielle des conventions de délégation. Elle correspondait, d'ailleurs, à une obligation pour les contrats soumis aux cahiers des charges type en vigueur avant les lois de décentralisation. Une disposition ancienne du code des communes précisait, en outre, que les entreprises liées par de

telles conventions étaient tenues de fournir à la collectivité contractante des comptes détaillés de leurs opérations. Cependant, cette clause pouvait être absente de certains contrats. Lorsqu'elle y figurait, elle n'était pas toujours respectée.

En instaurant l'obligation pour tous les délégataires de produire un rapport annuel comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de ce service, la loi du 8 février 1995 a donné une portée nouvelle à ce droit à l'information et à la transparence. Dans bon nombre de cas, en effet, des délégataires qui n'avaient pas rendu compte de leurs opérations jusqu'en 1995 ont commencé à produire des comptes après la publication de la loi. Il est vrai qu'une intervention extérieure reste, parfois, nécessaire pour amener à cette exigence de transparence des organismes, dont les responsables n'ont, pour certains, jamais reçu ni demandé d'informations à leur délégataire même en vue du renouvellement de leur délégation.

Les contrôles récents des chambres n'offrent pas un recul suffisant pour porter une appréciation d'ensemble sur la qualité des comptes produits, qui ne sont pas toujours accompagnés, au demeurant, d'une analyse de la qualité du service ainsi que la loi le prévoit. Mais il est certain que l'absence de cadre comptable normalisé reste un obstacle à la fourniture d'une image fidèle du résultat des opérations afférentes à chaque délégation. Cette conclusion ressort, en effet, des vérifications, au nombre encore limité, opérées par les chambres auprès des délégataires dans le cadre des pouvoirs d'enquête qui leur ont été reconnus par la loi du 8 février 1995.

Les comptes ne retracent pas toujours la totalité des opérations de recette. En particulier, alors que les délégataires dans certains secteurs facturent des frais financiers pour rémunérer la trésorerie correspondant à leur besoin en fond de roulement, il est rare que leurs comptes fassent apparaître les produits financiers pouvant provenir, notamment, du placement de surtaxes perçues pour le compte du délégant. D'autres recettes portant sur des montants parfois élevés peuvent être également omises. Ainsi une prime d'épuration de près de 1,3 MF attribuée par l'agence de l'eau à une collectivité qui l'avait reversée à son délégataire ne figurait pas dans ses comptes. Certaines recettes annexes, telles que des produits de location ou de prestations techniques, n'étaient pas non plus comptabilisées.

Symétriquement, des dépenses totalement étrangères à l'objet de la délégation sont, parfois, passées en charges. Ainsi, un contrat s'est-il vu imputer des frais de prospection commerciale sans rapport avec le service délégué, à hauteur de 1,6 MF. Plus généralement, les sociétés délégataires continuent de faire supporter aux collectivités des dépenses engagées pour leur propre développement, en les incorporant dans la quote-part des frais de siège qui leur sont répercutés.

Les frais généraux imputés sans justificatif peuvent atteindre jusqu'à 25 % des charges. Par ailleurs, les dépenses de personnel ou de gestion d'une délégation peuvent résulter pour une part substantielle de la répartition de moyens communs entre différents contrats. Or, l'enveloppe globale de ces charges est difficilement vérifiable et il a pu être constaté qu'elle pouvait être supérieure au montant figurant dans les comptes sociaux de la société. En l'espèce, les salaires de personnels mis à disposition du service délégué étaient affectés d'un coefficient multiplicateur. La production d'une annexe précisant l'origine des charges imputées ainsi que leurs modalités de répartition constituerait donc un complément indispensable.

Cette annexe devrait également préciser les méthodes de calcul des amortissements, des provisions et des frais financiers, qui font l'objet de lissages, selon des mécanismes divers, sur la durée de la délégation. En particulier, les taux de rémunération des financements apportés par le délégataire sont rarement affichés à la différence des financements bancaires. Or, ils peuvent être, parfois, substantiellement plus élevés que ces derniers. Ainsi, par un mécanisme complexe de remboursement progressif, un délégataire auquel avait été transférée la dette d'un service délégué s'est adjugé un taux de refinancement (16 %) près de trois fois supérieur au taux de la dette reprise (6 %). De même l'échéancier d'amortissement de ces financements sur capitaux propres est rarement indiqué. En principe, ceux-ci doivent être totalement amortis au terme de la délégation. Dans l'exemple évoqué, le délégataire se proposait, toutefois, de reconduire le supplément de prix pratiqué dans le cadre d'une opération qui lui avait déjà permis de doubler sa mise de fonds en valeur actualisée.

Les provisions constituées pour le renouvellement des équipements doivent pouvoir être rapprochées des travaux réalisés, le reliquat éventuel étant restitué à l'autorité délégante au terme de la délégation. Pour cela, un plan de renouvellement des installations doit être établi ainsi qu'un compte d'emploi des dotations correspondantes. Or, ces justificatifs sont rarement fournis. Pour tenter de s'en

dispenser, certaines sociétés, intervenant notamment dans le secteur de l'eau, ont institué un système dit de « garantie de renouvellement » qui consiste à assimiler les provisions à des primes d'assurance et à les déconnecter des travaux réellement effectués. Or, les contrôles montrent que ces provisions peuvent être sensiblement supérieures aux travaux qu'elles sont censées financer. En toute hypothèse, un tel dispositif n'apparaît pas conforme aux principes comptables applicables aux provisions pour renouvellement des immobilisations, qui doivent être calculées strictement en fonction du coût prévisionnel de remplacement des immobilisations concernées.

## C. – Le contrôle par le délégant

La transparence encore insuffisante des comptes de délégation ne permet généralement pas un suivi satisfaisant de la gestion des services délégués au regard des principes d'économie, d'efficience et d'efficacité. Certaines autorités délégantes font preuve, à cet égard, d'une négligence évidente en acceptant de couvrir des déficits allégués sans se donner les moyens de vérifier si ceux-ci ont été correctement calculés. Parfois même une clause de sauvegarde peut avoir prévu dès l'origine le montant de la garantie que la collectivité sera amenée à couvrir ultérieurement.

A la suite des interventions des chambres ou de leur propre initiative, des collectivités mettent en place des procédures permettant un suivi plus rigoureux de leurs contrats. Ce renforcement du contrôle interne peut donner lieu à la passation d'avenants précisant les obligations du délégataire en matière de reddition de comptes et s'accompagner, dans certains cas, d'une renégociation des tarifs. Pour les raisons déjà indiquées, ces efforts de clarification exigent, cependant, de mobiliser une capacité d'expertise qui pourrait être rendue moins nécessaire si les principes et méthodes comptables applicables aux délégations de service public étaient davantage normalisés.

❖

Les exigences de concurrence et de transparence ne sauraient être pleinement appréhendées sans faire référence à leur place dans le droit communautaire et son évolution au cours de la dernière décennie. La conception dominante, qui a inspiré, en particulier, la directive 89/440 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, adoptée le 18 juillet 1989 par le conseil

des communautés européennes, consiste à rapprocher le régime des concessions de celui des marchés publics. C'est un rapprochement semblable qu'a opéré plus largement la loi du 29 janvier 1993 en soumettant toutes les délégations de service public à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Si la frontière entre les marchés publics et les délégations, en droit interne, ou les concessions, en droit communautaire, laisse subsister de larges zones d'incertitude, le caractère distinctif dégagé par la jurisprudence, à savoir l'existence d'un risque d'exploitation pour le délégataire ou pour le concessionnaire, est également semblable dans les deux cas.

De nouvelles évolutions pourraient, toutefois, se faire jour, ainsi qu'il ressort de la communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics, adoptée par la Commission européenne le 12 avril 2000. Cette communication contient, en particulier, une définition de la concession de service, notion qui n'avait pas été définie par la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, adoptée le 18 juin 1992 par le conseil des communautés européennes. La doctrine de la Commission y apparaît, par ailleurs, favorable à une unicité des principes en matière de concessions comme de marchés publics, notamment en ce qui concerne les procédures de sélection des candidats. Ce document interprétatif, qui a fait l'objet d'observations du gouvernement français, n'a pas le statut juridique d'une directive. Il renforce, néanmoins, les interrogations sur le devenir, en droit interne, des particularités de la procédure d'octroi des délégations par rapport aux règles du code des marchés publics et sur la liberté de choix reconnue à l'autorité délégante. Toutefois, celle-ci conserverait, selon l'interprétation de la Commission, la possibilité de recourir à la procédure d'octroi de la délégation, la plus appropriée, notamment en fonction des caractéristiques du secteur d'activité concerné.

Mais les exigences de concurrence et de transparence ne se résument pas à ouvrir la possibilité aux candidats potentiels de présenter une offre, elles ont aussi pour but de garantir sur la durée la meilleure qualité de service au meilleur coût, ce qui implique de pouvoir réexaminer périodiquement les conditions d'exécution du service au regard des objectifs fixés. Une limitation plus stricte de la durée des conventions, notamment lorsque le délégataire ne supporte pas le financement des investissements, apparaît, à cet égard, nécessaire, les mêmes limitations paraissant devoir être étendues aux marchés d'exploitation. Par ailleurs, la possibilité de prolonger le

contrat, lorsque de nouveaux investissements lourds le justifient, devrait être subordonnée à un réexamen d'ensemble de l'équilibre financier, distinguant la période restant à courir jusqu'au terme initial du contrat et la période de prolongation, afin d'éviter de proroger indûment des charges déjà amorties. Une explicitation des tarifs stipulés dans la convention, par référence au coût du service rendu, apparaît également indispensable. A cette fin, la production, à l'appui des contrats, de comptes prévisionnels, permettant de mettre en regard les coûts et les tarifs, devrait, à tout le moins, être généralisée. Enfin, un cadre comptable normalisé, permettant de s'assurer que les comptes donnent une image fidèle des opérations de délégation, serait hautement souhaitable. A tout le moins, une annexe précisant les méthodes comptables utilisées devrait pouvoir être exigée.

Si les autorités délégantes peuvent déjà d'elles-mêmes prendre en compte certaines de ces recommandations, un renforcement du cadre légal serait néanmoins nécessaire, en particulier pour mettre fin à des pratiques abusives de forfaitisation et de mutualisation des charges de renouvellement par certains délégataires.

## *Réponse du Ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie*

*La Cour mentionne les principes régissant la gestion des services publics locaux et analyse l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, instaurant une procédure de mise en concurrence des délégations de service public assortie d'une limitation dans leur durée des conventions correspondantes et de la loi du 8 février 1995, introduisant l'obligation pour le délégataire de produire un rapport annuel sur les comptes et la qualité du service afférent à l'exécution de la délégation.*

*La haute juridiction souligne que l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions a créé les conditions d'un rééquilibrage des relations entre les autorités délégantes et les délégataires. Toutefois, suite à l'examen des observations contenues dans une centaine de communications adressées aux autorités délégantes au second semestre 1998 et au cours de l'année 1999, la Cour constate par ailleurs que des obstacles subsistent sur la voie de la concurrence et de la transparence.*

*Comme suite aux observations formulées par la Cour des comptes, le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie note que les difficultés soulevées sont pour l'essentiel de la compétence des différentes autorités délégataires et partage à ce titre le constat de la Cour en faveur d'une amélioration du contrôle de celles-ci.*

## *Réponse du Ministre de l'Intérieur*

*Le rapport rappelle en liminaire les modifications apportées par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui a instauré une procédure de mise en concurrence similaire aux règles de passation des marchés publics et le développement de règle de transparence. En se fondant sur les*

*conclusions des chambres régionales des comptes, ce rapport met en exergue les réticences et difficultés d'application de ces deux principes par les collectivités locales.*

*D'une façon générale je ne peux que partager les appréciations de la Cour, en particulier sur les renouvellements abusifs de délégation. Mes services ont d'ailleurs rappelé les règles à appliquer dans de nombreux courriers aux préfectures et lors de réponses à des parlementaires. Par ailleurs, il me paraît important de préciser que si les collectivités locales sont concernées pour l'essentiel par les délégations de service public, cette procédure est globalement ouverte aux personnes morales de droit public autres que les collectivités locales.*

*La Cour note que des chambres régionales des comptes ont émis des réserves sur la qualification de service public de certaines délégations de service public, notamment pour l'activité d'hôtel de luxe. Il ne me paraît pas qu'une telle remarque puisse être faite sur le mode de gestion. La difficulté se situe en effet plus en amont : il est sans doute peu probable qu'il puisse y avoir carence de l'initiative privée pour la construction d'un hôtel de luxe, qui suppose une clientèle hautement solvable susceptible d'attirer les investisseurs. Si néanmoins cette hypothèse se rencontre, il est loisible à la commune de la gérer en délégation de service public comme elle le ferait pour une boucherie ou toute autre activité relevant en temps normal du secteur privé pour laquelle elle estime devoir intervenir pour un motif d'intérêt général.*

*La Cour souligne à juste titre que des investissements supplémentaires non prévus initialement ne devraient pas normalement conduire à l'allongement de la durée des délégations au risque de vider de son sens l'ouverture à échéances régulières à la concurrence. Une difficulté se pose toutefois avec les stations de ski qui ont fait l'objet d'une délégation globale pour l'ensemble des remontées mécaniques et qui sont contraintes pour maintenir une offre de qualité de renouveler les lignes de remontée. Le ministère de l'équipement envisage de saisir pour avis le Conseil d'État sur ce point.*

*La Cour critique la pratique des droits d'entrée dans les contrats de délégation de service public. Cependant, la pratique des redevances pour occupation du domaine public s'en rapproche. L'avant-projet de loi sur l'eau envisage de les supprimer pour l'eau. Pour l'électricité, elles sont encadrées par un décret qui les a*

*récemment revalorisées. L'encadrement réglementaire empêche les abus dans la fixation de ces redevances.*

*La Cour note qu'une disposition ancienne du code des communes précisait que les entreprises liées par de telles conventions étaient tenues de fournir à la collectivité contractante des comptes détaillés de leurs opérations. Cette disposition a été reprise par l'article R. 2222-1 du code général des collectivités territoriales.*

*Enfin, il est rappelé la distinction de nature jurisprudentielle de la délégation de service public et du marché public.*

*Le Conseil d'État, dans un arrêt du 15 avril 1996 (Préfet des Bouches du Rhône contre commune de Lambesc), a considéré que devaient être qualifiés de contrats de délégation de service public les contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. La liaison de la rémunération, pour une part substantielle, qui peut ne pas être majoritaire (CE, 30 juin 1999, SMITOM centre ouest Seine et Marnais) aux résultats de l'exploitation, entraîne donc l'assujettissement du contrat aux règles édictées par la loi du 29 janvier 1993 précitée.*

*Si le critère tiré de l'objet aurait pu paraître plus logique, il n'en demeure pas moins que le critère tiré du prix reste tout aussi pertinent. Il permet ainsi de distinguer les prestations financées par l'impôt de celles qui sont financées par des recettes propres tirées de l'exploitation. La jurisprudence s'efforce ainsi de restaurer une logique qui est celle de l'exploitation aux risques et périls (CE, 7 avril 1999, commune de Guilherand-Granges).*

*La Cour regrette à cet égard qu'un « changement mineur du mode de rémunération suffit à faire basculer un service de l'un à l'autre mode d'exploitation ».*

*On peut effectivement regretter la formulation retenue par le Conseil d'État. Le choix de l'adverbe « substantiellement » est ambigu et suscite des incertitudes juridiques sur la qualification des conventions.*

*Fort de ce constat, il est envisagé dans le cadre de la réforme du code des marchés publics de prévoir une définition législative de la délégation de service public. Celle-ci pourrait être intégrée au sein de la loi du 29 janvier 1993 modifiée.*

*Une seconde réflexion pourrait également être ouverte, dans le cadre de cette réforme, concernant le rapprochement des procédures de mise en concurrence en cas de délégation de service public et de marchés publics afin de réduire le risque de requalification ultérieure par le juge.*