

Tentative de définition de la notion de convention de délégation de service public

17/09/1998

*
*
*

*
*
*

Question :

Un sénateur attire l'attention du ministre de l'intérieur sur les problèmes liés à la non-définition dans la [loi n° 93-122 du 29 janvier 1993](#) de la notion de la délégation de service public. En effet, de nombreux syndicats pour les traitements de déchets se trouvent confrontés au problème de la non-définition de la frontière entre la notion de délégation de services publics et le marché d'entreprise de travaux publics. Par ailleurs, ces frontières sont incertaines suivant le mode de rémunération. En conséquence, quelles dispositions vont être prises pour définir cette notion, qui pose un problème pratique d'application de la loi ?

*
*
*

Réponse :

La notion de délégation de service public a été utilisée pour la première fois dans le droit positif par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. D'autres textes législatifs ont ensuite contribué à établir un régime juridique détaillé des conventions entrant dans cette nouvelle catégorie juridique : [loi du 29 janvier 1993](#) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, [loi du 8 février 1995](#) relative aux marchés publics et aux délégations de service public. Pour autant, aucun de ces textes n'a entendu préciser les critères de définition de la délégation de service public. Dès la fin des années soixante-dix, une partie de la doctrine juridique a regroupé sous ce terme l'ensemble des contrats par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation globale d'un service public, en y rangeant non seulement les modes classiques de gestion que constituent la concession ou l'affermage, mais aussi la régie intéressée et la gérance. Deux circulaires du ministre de l'intérieur du 13 décembre 1975 et du 7 août 1987 ont d'ailleurs utilisé ce concept, qui permettait d'opérer une classification aisée entre la gestion indirecte ou " déléguée " et la gestion directe ou " en régie ". C'est également cette acception qui semble retenue dans plusieurs rapports parlementaires (Y. Durand, rapport AN n° 2941, relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique. C. Bonnet, rapport Sénat n° 61, 1992-1993, portant sur le même objet). En revanche, au cours des débats parlementaires, le terme de délégation de services publics est tantôt utilisé pour désigner la gestion par concession ou affermage, tantôt pour dénommer les quatre modes de gestion précités. Une intention explicite du législateur apparaît dès lors difficile à déceler.

Plusieurs décisions jurisprudentielles sont intervenues sous l'empire de ce nouveau régime législatif, qui sont venues clairement indiquer que l'affirmation de la notion de délégation de service public n'a pas conduit à modifier le champ d'application des dispositions applicables aux marchés publics ([CE 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône c/commune de Lambesc](#)), et que les deux catégories de conventions étaient exclusives l'une de l'autre. Or, le juge administratif avait depuis de nombreuses années considéré que constituaient des marchés publics non seulement les contrats portant sur un des moyens permettant de concourir à l'exécution du service public, mais aussi les conventions portant sur l'exploitation même du service, dès lors que l'exploitant était rémunéré par un prix versé par la collectivité publique, désignées sous le terme de marchés d'entreprise de travaux publics ([CE 11 décembre 1963, Ville de Colombes](#)). Ce critère de délimitation fondé sur la nature de la rémunération apportée à l'exploitant a été confirmé à plusieurs reprises, qu'il s'agisse d'une rémunération purement forfaitaire ([CE Ville de Colombes, préc.](#)), d'un prix révisable annuellement ([CE 26 novembre 1971, Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération](#)), ou d'une rémunération comportant une partie fixe et une partie proportionnelle aux quantités ([CE 26 juillet 1985, SA lyonnaise des eaux et de l'éclairage](#)). En revanche, ne constitue pas un marché d'entreprise de travaux publics un contrat prévoyant que l'exploitant du service se rémunère directement par une redevance auprès de l'usager ([CE 14 octobre 1988, SA Sobea et autres](#)).

Cette jurisprudence trouve naturellement un terrain d'élection dans le domaine de l'élimination des déchets des ménages et assimilés, dans lequel une rémunération directe de l'exploitant sur les usagers est très rare en pratique. La liberté contractuelle reconnue aux collectivités locales depuis les lois de décentralisation a conduit au développement de

conventions complexes qui peuvent difficilement être rattachées sans équivoque à un mode de gestion déterminé. Tel est le cas notamment des conventions prévoyant certes une rémunération sur l'usager, mais également une garantie d'équipement libre financier pour l'exploitant se traduisant par le versement, le cas échéant, d'une subvention d'équilibre par la collectivité publique. Dans un arrêt du 15 juin 1994 (Syndicat intercommunal de transports publics de la région de Douai), le Conseil d'État a estimé que de tels contrats demeurent des délégations de service public pour autant que le complément de rémunération reste limité. A contrario, il convient de considérer que des subventions d'équilibre plus conséquentes, qui résulteraient par exemple d'une garantie totale d'équilibre financier apportée à l'exploitant, seraient susceptibles d'entraîner une requalification en marché public. Inversement, une convention prévoyant une rémunération apportée par la collectivité sous la forme d'un prix à la tonne, mais autorisant l'exploitant à mener une activité commerciale complémentaire générant des ressources directes, telles que la vente d'électricité générée par la valorisation énergétique des déchets, soulève une difficulté d'appréciation dans la mesure où coexistent une rémunération par la collectivité et une rémunération directe auprès de tiers. Le Conseil d'État a ainsi estimé que : " Les dispositions de la **loi du 29 janvier 1993** [...] n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics tout au moins des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. " (CE **Préfet des Bouches-du-Rhône c/commune de Lambesc**, préc. ; CE 9 décembre 1996, **Préfet du Gard**). Une telle définition laisse un large pouvoir d'appréciation au juge pour qualifier le caractère substantiel ou accessoire des recettes tirées de l'exploitation, compte tenu notamment de la nature du service délégué. Par ailleurs, il semble acquis qu'une rémunération assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation correspond généralement à la perception d'une redevance. Si, selon cette acception, la gérance doit vraisemblablement être exclue du champ d'application des délégations de service public, dans la mesure où elle se caractérise par une rémunération forfaitaire ou indépendante de la performance du service, un doute est autorisé en ce qui concerne le mode de gestion désigné sous le terme de " régie intéressée ", dans lequel la rémunération de l'exploitant est versée sous la forme d'une " prime d'intéressement ", au résultat comptable du service public. A cet égard, une décision récente de la cour administrative d'appel de Paris (Syndicat des eaux d'Ile-de-France et Compagnie générale des eaux) du 11 décembre 1997, semble avoir considéré certaines régies intéressées comme relevant de la gestion déléguée.

La relative complexité de la définition apportée par la jurisprudence ne fait que répondre à la grande diversité des contrats passés notamment par les collectivités locales et qui empruntent des éléments à plusieurs modes de gestion habituellement reconnus. Sa contrepartie réside dans une difficulté réelle pour les gestionnaires des services publics locaux pour déterminer avec une sécurité suffisante la procédure à retenir, qui se traduit notamment au stade du contrôle de la légalité des actes correspondants des collectivités locales ou de leurs établissements publics. S'il n'apparaît guère souhaitable dans ce contexte d'accentuer plus encore la complexité de la délimitation entre marchés publics et délégations de service public, notamment en substituant au critère de la nature de la rémunération un faisceau d'indices, il semble également inopportun, compte tenu du caractère évolutif de la jurisprudence en la matière, de proposer de retenir une définition législative de la " gestion déléguée ". Une telle entreprise ne pourrait qu'engendrer d'autres difficultés d'interprétation. En tout état de cause, le gouvernement ne pourrait être favorable à ce que le droit positif fixe une définition se limitant spécifiquement au service d'élimination des déchets des ménages et assimilés, la notion de délégation de service public ayant précisément été introduite afin de constituer une catégorie générique de contrats présentant des caractéristiques analogues, quel que soit le service considéré.

*
*
*

Réponse à G. Larcher (JO, S, QE 17 septembre 1998, p. 3007) ;

sur cette réponse, voir le commentaire de M. Marceau Long, ancien vice-président du Conseil d'État, Mon. TP 15 janvier 1999, p. 42.

*
*