

# Délégations de service public : vers un nouveau modèle

- Les mutations actuelles, économiques, financières, technologiques, sociales remettent en cause des contrats qui, bien qu'ayant largement fait leurs preuves, ne sont peut-être plus tout à fait en adéquation avec nos nouveaux besoins.
- Le contrat de délégation de service public, doit donc évoluer vers une conception plus large du service. Le bilan coûts/avantages pourrait être systématisé, les performances du service public prises en compte, l'objet du service, de même que son territoire devraient être élargis, le modèle économique devrait tenir compte des performances atteintes par le délégataire et des recettes annexes.

## Auteurs

Olivier Raymundie et Xavier Matharan,  
avocats Associés, cabinet Matharan Pintat  
Raymundie

## Référence

partie-qualiteauteurs/referance

## Mots clés

Service public • Gestion • Délégation  
• Externalisation • Nouveaux services  
• Mutualisation • Réseaux • Nouvelles  
technologies • Usager •

## POUR ALLER PLUS LOIN

X.

Nos délégations de service public s'essouffent-elles ? Doit-on leur donner un nouvel élan ? En somme, a-t-on besoin d'un nouveau modèle ? Cette dernière question peut d'abord surprendre : des milliers de contrats continuent d'être passés chaque année<sup>(1)</sup>, le spectre des services délégués s'est considérablement élargi, et nombre de nos services ou d'infrastructures sont gérés sans difficulté majeure par de grandes entreprises dont c'est historiquement le métier. Faisons également le constat que le modèle de la gestion déléguée est ancien, qu'il a traversé toutes les crises (y compris celle du service public), notamment économiques tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, et que sa régulation a d'abord été jurisprudentielle : l'office du juge a, en effet, été considérable (théorie de l'imprévision, fait du prince). Il reste que l'histoire de la délégation de service public montre que cette dernière a connu des cycles, à l'image des cycles économiques : soutien des entreprises de transport et de gaz au début du siècle, apparition de concessionnaires « faux nez de l'État » dans les années 1950, ancrage massif dans des territoires dans les années 1970-1980, avènement des règles de mise en concurrence au début des années 1990, pression du droit communautaire de la concurrence dès les années 2000. En somme, ce n'est que depuis 20 ans que ces contrats sont réglementés<sup>(2)</sup>. Il reste que l'environnement même dans lequel s'insèrent les délégations a considérablement évolué. C'est là, le vrai changement : formidable accélération des technologies de l'information (donc de l'obsolescence des technologies), concentration urbaine, renforcement des normes et des conditions d'ex-

(1) Rapport du Conseil d'État, « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », Rapport public, 2008, La Documentation française, page 27.

(2) Du point de vue de la définition (législative) d'une part, et du régime d'autre part.

exploitation (dans l'eau, les déchets, les transports, les remontées mécaniques...), renforcement des exigences de contrôle des délégants, concentration des entreprises délégataires, mutations sociales et économiques, actions contentieuses des usagers. On y ajoutera des phénomènes plus conjoncturels liés à la crise (qui engendre des phénomènes de baisse de consommation comme dans le secteur de l'eau), et structurels avec les enjeux environnementaux et ceux de la ville qui concentrent l'essentiel de nos populations. C'est du même coup, le contenu même du service délégué qui a changé<sup>(3)</sup>.

Dans cet article, les causes des mutations actuelles – et donc les enjeux liés à la demande en services publics seront mis en exergue (I), puis quelques pistes d'évolution en vue de répondre à l'offre seront suggérées (II).

## I. Les enjeux des mutations

Les mutations ont pour origine deux causes : certaines sont exogènes au contrat (A), d'autres endogènes (B). Dans les deux cas, l'enjeu est celui de la maîtrise des réseaux et des services (C).

### A) Les causes exogènes

#### 1. Les enjeux environnementaux modifient le rapport au contrat de délégation

La relation délégant/délégataire se modifie, non pas tant d'un strict point de vue juridique (un service public est dévolu par voie contractuelle au profit d'usagers), mais parce que le contrat n'est plus seulement le support d'un objet à contenu et à finalité strictement marchandes : il repose aussi sur un pacte social sur lequel s'engage une personne publique avec une entreprise (parfois sur une génération). Si l'on continue de produire, transporter et distribuer de l'eau, l'objet (l'eau) est devenu une ressource rare. Or, nombre de services délégués reposent sur des ressources devenues « essentielles » qui conditionnent nos activités.

Ainsi, la raréfaction des ressources, la lutte contre le réchauffement climatique, l'épuisement des ressources non renouvelables (notamment fossiles), la raréfaction des ressources (l'eau), ou nos excès (les déchets) concernent de nombreux services délégués. Par les enjeux environnementaux, plus fondamentalement, l'objet de nombreuses délégations de service public a changé : il ne s'agit plus (seulement) de produire, transporter,

distribuer de l'eau, de l'électricité ou du gaz, de fabriquer des repas dans les cantines, de transporter des usagers, de collecter des déchets. La finalité poursuivie demeure celle de rendre un service public, mais les enjeux environnementaux<sup>(4)</sup> mettent en exergue une finalité autre qu'une relation purement marchande dans le rapport délégant/délégataire/usager.

Ne nous trompons toutefois pas de débat : il ne s'agit d'opérer un léger « verdissement » de nos délégations de service public par des cahiers des charges et des critères de jugement

des offres plus respectueux de l'environnement<sup>(5)</sup>. Il s'agit de revisiter notre rapport à ce type de contrat par l'intégration d'un prix intégrant de manière plus satisfaisante le prix de la nature, donc les externalités. En somme, les délégations permettent-elles d'intégrer l'ensemble des externalités liées aux contraintes environ-

nementales ? Dans l'affirmative, sont-elles socialement acceptables par les usagers ?

#### 2. La ville concentre les besoins en services publics

L'environnement dans lequel interviennent les délégataires a considérablement changé : les villes (même si le terme est impropre) sont en passe de devenir pour certaines d'entre elles des métropoles, tandis, qu'en sens inverse, des territoires luttent contre la fracture territoriale et, au passage, numérique : l'exemple des délégations de service public « haut débit » en est une bonne illustration.

De nombreux services délégués se situent dans des espaces à forte concentration urbaine, où les interconnexions et les mutualisations entre les services s'avèrent nécessaires : le réseau de chauffage urbain n'est-il pas le prolongement de l'usine de traitement des déchets ? Le gestionnaire du théâtre ne peut-il, dans le même contrat, gérer le parking de proximité ? La nature distincte des services, le principe d'équilibre financier des services publics industriels et commerciaux invitent à formuler une réponse négative en droit. Est-elle toujours conforme à une gestion rationnelle des services publics (et des deniers publics) ? La compensation tarifaire au titre de la gestion du théâtre n'est-elle pas financée par le contribuable ? Les délégations permettent-elles une mutualisation des services publics ?

#### 3. Des usages modifiés, des investissements plus difficiles

Les habitudes des usagers qui consomment parfois moins et autrement. Les enfants ne s'inscrivent plus tous les jours à la cantine, mais sur demande par voie électronique. Les réservations s'effectuent de plus en plus tardivement au ski, tandis que le temps consacré au ski diminue. En somme, mis à part

« Il convient de revisiter notre rapport à ce type de contrat par l'intégration d'un prix intégrant de manière plus satisfaisante le prix de la nature, donc les externalités. »

(3) Les repas aujourd'hui servis dans les cantines sont-ils identiques à ceux servis voici 20 ans ? Les délégations de très haut débit sont récentes ; les systèmes de « pass » permettant l'accès entre vallées dans les remontées mécaniques se développent ; les procédés de gazéification et de méthanisation dans le traitement des déchets sont nouveaux ; les systèmes de suivi et de « reporting » par GPS des trajets des transporteurs de bus sont nouveaux. De nouveaux services apparaissent : l'e-administration au service par les procédés de dématérialisation ; la voiture des villes de demain sera peut-être « autolib ». Les concessions de piscines sont moins sportives et plus ludiques. Le secteur des services culturels et sportifs s'est développé considérablement avec les salles multifonctionnelles du fait même de nos changements de rythme dans le travail. Le vieillissement de notre population verra se multiplier les structures d'accueil des personnes âgées...

(4) Dominique Braye, Louis Negre, Bruno Sido, Daniel Dubois, Rapport « engagement national pour l'environnement », Rapport Sénat, n°552, Tome 1, 2008-2009.

(5) Les critères utilisés sont généralement génériques, voir Colloque « La mise en œuvre des critères environnementaux dans le cadre des marchés publics », Panthéon Sorbonne, Paris 1, 27 octobre 2009, colloque organisé par le Magistère de droit des activités économiques de l'Université de Paris I.

les services dont on ne peut se passer, l'usager a des demandes peut-être plus volatiles, ce constat étant certainement une des conséquences de l'utilisation des nouvelles technologies. Ajoutons dans le même temps que les engagements de longue durée pour des usages qui se modifient rendent précisément les investissements plus difficiles.

## B) Les enjeux liés aux autres modes concurrents d'externalisation

### 1. La délégation concurrencée par d'autres modes d'externalisation

Par l'émergence des contrats de partenariat, les délégations de service public voient leur positionnement, dans la taxinomie des contrats, rendu plus flou. Le problème trouve son origine dans l'objet même des contrats de partenariat parfois proche de l'exécution même des missions de service public. Du même coup, le recours à la délégation peut apparaître avec moins d'évidence. A-t-elle toujours sa place avec tant d'évidence ?

### 2. L'alternative par le biais des prestations inter-collectivités

On ne doit pas mésestimer la portée des récentes<sup>(6)</sup> décisions communautaires<sup>(7)</sup> et nationales<sup>(8)</sup> relatives aux contrats de coopération entre collectivités ou les quasi régies<sup>(9)</sup>. Certes, ces modes de contractualisation entre collectivités (et EPCI) permettent à celles-ci de coopérer hors toute mise en concurrence. Pourquoi de tels contrats ? Tous ont pour points communs une mutualisation des services entre collectivités, une finalité (le service public) dans le cadre d'obligations de moyen. Faut-il y voir une réaction à la concentration des entreprises intervenant dans ces services ? Certainement. N'est-ce pas non plus également une réponse appropriée de ces mêmes collectivités à des territoires qui ne cessent de s'agrandir, d'autant que la le partenariat public privé institutionnel (PPPI) a été conforté par le droit communautaire<sup>(10)</sup>. Les délégations de service public ne connaissent-elles pas une crise de légitimité politique ?

## C) Le maillage des territoires ou la maîtrise des réseaux et des services

### 1. L'interconnexion des réseaux est une nécessité : l'exemple de la chaleur

Certains réseaux, supports de services publics, sont fortement interconnectés entre eux (l'eau, les transports, certaines remontées mécaniques), tandis que d'autres ne le sont pas encore, comme si le réseau s'arrêtait aux portes des frontières administratives. L'exemple de la chaleur est topique : le service

demeure grandement cantonné à l'échelle d'un territoire communal, alors qu'il s'agit de favoriser les mixités énergétiques et de développer et d'exploiter des énergies renouvelables, donc de mutualiser les services. Cet émiettement, voire ce saupoudrage (contractuel) dans ce secteur nous paraît aller à l'encontre d'une bonne prise en compte des externalités, et d'une gestion plus économe de l'énergie. En réaction pourraient se constituer des sociétés locales d'énergies (gaz, électricité, éclairage, chaleur) au niveau de territoires plus vastes, peut-être celui de métropoles. Ainsi, en changeant d'échelle, et en se regroupant, la personne publique cherchera à susciter un positionnement plus concurrentiel des opérateurs, et pourquoi pas, à faire elle-même. Elle opérera elle-même du même coup les compensations financières entre services. L'émergence des PPPI et des contrats de performances énergétiques accentuera encore ce phénomène. La relation « in house » peut-elle être le contrepoids de la délégation de service public ?

### 2. L'interconnexion des services : l'exemple de la restauration collective

La même remarque vaut pour les services comme celui de la restauration collective (en particulier au niveau des collèges). Les contrats conclus en ce domaine ne sont que faiblement mutualisés de sorte que les appels d'offres sont multipliés inutilement. Il reste qu'une meilleure rationalisation de ce service, à une autre échelle, pourrait passer par l'organisation de points de production (les cuisines centrales) qui, elles-mêmes, alimenteraient un périmètre géographique élargi, cherchant ainsi un effet volume, et une rationalisation des coûts. La délégation permet-elle une bonne mutualisation des services ?

## II. Quel nouveau modèle ?

À l'évidence le contrat de délégation doit s'adapter aux besoins de notre temps. On souhaiterait, à travers quelques exemples, illustrer les évolutions possibles.

### A) Le bilan coût avantage s'avère nécessaire

L'hypothèse du recours à la délégation de service public peut être la résultante d'habitudes, d'un choix par défaut (insuffisance de moyens techniques, humains ou financiers). L'idée du rapport d'évaluation préalable<sup>(11)</sup> et généralisé, à l'image des contrats de partenariat, nous paraît constituer une mesure utile de saine gestion des deniers publics, même si l'exercice trouve ses limites en termes de comparaison.

### B) Un contrat de performances du service public

Les contrats de délégation de service public contiennent encore trop peu d'engagements exprimés en termes de performances à atteindre sur la durée du contrat. Les contrats mériteraient d'être affermis sur ce point par des objectifs quantifiables assortis de sanctions, mais aussi de bonus. C'est à cette occasion que les objectifs de performance doivent pouvoir comporter des

(6) On relèvera que ce thème est ancien : CE, 29 avril 1970, société Unipain, Req. n° 77935 : « considérant (...) que le principe du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse par ses propres moyens aux besoins de ses services ; que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général ».

(7) CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06 CE c/Allemagne

(8) CE, Syndicat national des industries d'information et de santé, 4 mars 2009 ; TA Pau 14 octobre 2008 et 6 janvier 2009, Préfet des Pyrénées AJDA 2009, p. 929, note A. Bourrel).

(9) CAA Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris, Req. n° 07PA02380 : « le bail emphytéotique dont s'agit doit être regardé comme un contrat de quasi régie (...) ».

(10) CJCE 15 octobre 2009, Aff. C.196/08 Acost Spa.

(11) Allant au-delà d'une simple comparaison gestion déléguée/régie, et intégrant alors l'hypothèse d'une gestion interorganique entre collectivités

engagements en termes de développement durable, sociaux... de sorte que le contrat devrait avoir à la fois une finalité économique, mais aussi sociale, et environnementale dépassant la seule transaction sur un objet marchand.

### C) Une rémunération assise sur les performances du délégataire

Les contrats de délégation doivent eux-mêmes être revisités de plusieurs points de vue.

#### 1. L'objet même du service

Ce dernier est trop souvent appréhendé sous un angle purement technique, ce qui est nécessaire, mais est devenu insuffisant. Déléguer un service n'est pas seulement produire, transporter, rendre une prestation (fut-elle de service public), c'est aussi, de plus en plus, rendre des services accessoires au service public<sup>(12)</sup>.

#### 2. Le modèle économique

La formulation du modèle économique repose sur une logique « prix », « indexation », « cas de révision », voire « compensation » (dans les services structurellement déficitaires), avec des marges d'ajustement finalement réduites. L'enjeu prioritaire est d'abord la base contractuelle de référence (le nombre de repas à l'année, le tonnage des déchets, les m<sup>3</sup> d'eau...), puis le calcul des recettes et des charges, donc de la compensation qui en résulte quand elle s'avère possible. Il reste que l'anticipation des marges d'évolutions financières du contrat (baisse des recettes, augmentation des charges fixes) est, de notre point de vue, prise en compte sur un strict plan économique, sans toujours s'attacher à la finalité recherchée. Cherche-t-on à inciter à la prise des transports en commun ? En ce cas, la recherche d'un prix attractif impactera mécaniquement le montant de la compensation de la personne publique. Or, dans les contrats structurellement déficitaires, les marges de progression attendues sur la durée du contrat (comme la diminution du déficit) et les moyens que se donnent les parties pour la faire diminuer sont peu mis en avant. En sens inverse, les marges sont appréhendées comme des rentes (au sens économique) frustrant la personne publique.

Or, afin de répondre à la demande environnementale, aux usages qui se modifient et à la recherche de mutualisation des réseaux et services, l'idée serait de jouer, quand cela s'avère nécessaire, sur l'effet volume par l'introduction de référentiels contractuels dans le contrat<sup>(13)</sup> exprimés avec l'unité d'œuvre adéquate (nombre de repas, m<sup>3</sup>, mWh, nombre de passages...)<sup>(14)</sup>. Le recours au référentiel est possible et ne déqualifie pas *ipso facto* une délégation de service public. Il est soumis à examen du juge<sup>(15)</sup>, qui vérifie que le contrat comporte des risques et

périls (encadrés). En somme, la part fixe de la rémunération serait mise en « tunnel ».

À ce référentiel de performances, serait inclus dans la rémunération du délégataire, le versement d'un intéressement répondant à des critères de performance stipulés au contrat (indice de satisfaction des usagers, retards constatés, délais d'intervention etc.). Pour pouvoir valablement fonctionner, il nous semble que ces critères doivent revêtir plusieurs caractères c'est-à-dire être objectifs, transparents et quantifiables.

On en vient alors cette dernière idée qui est celle de pouvoir développer les recettes annexes au service public délégué en adoptant une conception plus large du service qui est confié. On rappelle que l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales interdit la prise en charge de dépenses étrangères à l'objet de la délégation de service public. Il en résulte que les usagers ne peuvent financer que des ouvrages ou services liés au service considéré. Tout financement fait par lui sans lien suffisant avec l'ouvrage ou le service serait considéré comme étranger donc sujet à restitution. Le respect de ces règles n'interdit toutefois pas au délégataire de facturer des prestations complémentaires fournies dans le cadre de sa mission de service public. Les activités accessoires doivent présenter un lien matériel avec la mission de service public (elles en constituent une continuation ou une déclinaison) et un lien fonctionnel (elles contribuent au bon fonctionnement du service public et sont réalisées dans l'intérêt des usagers). Ainsi, la pose de panneaux solaires sur le toit d'une cuisine centrale peut-elle constituer un complément de recettes possibles dans le cadre du service de restauration ? La vente d'énergie à partir d'une station d'épuration peut-elle être considérée comme le prolongement de l'assainissement ?

### D) L'adaptabilité des contrats

Dans un environnement mouvant (cf. *supra* §1.1), l'on doit également s'interroger sur l'adaptation de nos contrats de délégation de service public aux mutations de tous ordres : technologiques, techniques, réglementaires, environnementales et sociales. En réalité, les contrats sont pris en tenaille entre les dispositions de l'article L.1411-2 du Code général des collectivités territoriales relative à la durée et aux conditions restrictives de leur prolongation<sup>(16)</sup>, si bien que les marges de manœuvre, donc de respiration s'avèrent étroites. Du même coup, les avenants deviennent fragiles. Il faudrait certainement d'avantage faire entrer dans le cadre de la mise en concurrence, donc dans les prévisions des parties ce qu'elles peuvent raisonnablement anticiper en faisant figurer dans les contrats le modèle économique permettant cette mutation.

### E) Une tarification orientée vers les coûts

Le modèle économique des délégations de service public repose sur une régulation tarifaire assise sur des coûts estimés (dans le compte d'exploitation prévisionnel) ou constatés liés au

(12) Ainsi, l'informatisation des services permet d'informer l'ensemble des usagers des retards dans les transports, de mettre en ligne les repas sur un site dédié à cet effet au profit des parents, d'envoyer des sms en cas de surconsommation (réseaux, fuite d'eau), de mettre en ligne des factures détaillées explicitant le type de consommation. On peut, là aussi, y voir un « gadget », ou au contraire, une exigence accrue de transparence envers l'utilisateur. Les rapports annuels doivent pouvoir être mis en ligne sur des formats uniformes ; la traçabilité des repas doit être permanente.

(13) C'est déjà le cas dans la restauration, les transports, les piscines.

(14) Voir, en ce sens, CAA, 17 avril 2007, Société Keolis, req. n° 06PA02278

(15) Voir CE, 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, req. n° 289234 ; voir, en sens inverse, CAA Versailles, 14 septembre 2006, Société Avenance enseignement et santé, req. n° 04VE03566. TA Besançon, 26 novembre 2001,

Société financière sport et loisirs, req. n° 011800, Contrats et marchés publics septembre 2002, p. 34.

(16) Olivier Raymundie et Xavier Matharan, « Réseaux de chauffage urbain et changement d'énergie », CP-ACCP, juin 2008.

seul service public. Il reste, et c'est un point de différence avec les contrats de partenariat que l'idée de performance est peu inscrite dans nos contrats, de sorte que la tarification n'est pas incitative c'est-à-dire orientée vers des objectifs de performances : un ou des prix sont prévus, ils sont indexés sur la durée du contrat. Pour notre part, une des voies du nouveau modèle repose sur cette idée d'intégration des performances, y compris environnementales, dans la tarification. Il en découle logiquement une association plus étroite de la personne publique aux gains, mais aussi aux pertes générées par le contrat.

#### **F) La mise en place de « fonds environnementaux »**

Parmi les réflexions nécessaires à la mise en place de nouveaux contrats de délégation de service public figure celle de fonds dédiés aux objectifs environnementaux. Il est vrai que dans d'autres domaines ces fonds ont hier suscité la critique, en particulier au travers des provisions de renouvellement, puis des garanties de renouvellement destinées à assurer le renouvellement du patrimoine. Mais au-delà des renouvellements patrimoniaux prévus par l'article L 2224-11-4 du code général des collectivités territoriales, des fonds spécifiques pourraient être mis en place dans les contrats, par secteur d'activité, destinés à remplir des objectifs quantifiés environnementaux. Bien évidemment, ceux-ci devraient être établis dans le même esprit que les « programmes prévisionnels de travaux ». Ceci impliquerait l'existence de programmes pluriannuels détaillés annexés aux contrats, dont les sommes seraient restituées en cas de non-utilisation. Ces fonds pourraient aisément être imaginés dans des secteurs aussi divers que ceux de l'eau, de l'assainissement, de la chaleur, des déchets, des transports.

#### **G) Replacer l'utilisateur au centre de la délégation de service public**

L'utilisateur doit être replacé au cœur des délégations par une véritable association de ces derniers lors de l'exécution du contrat. Il nous semble qu'il n'apparaît que sporadiquement (lors de la commission consultative des services publics locaux), ou lors de la mise à disposition de rapports spécifiques (dans les secteurs de l'eau et des déchets). Il reste que celui qui est destinataire du service est encore insuffisamment associé dans le fonctionnement du service dont il bénéficie. Il y a donc un modèle à inventer de ce point de vue.

#### **H) Le décalage du couple investissement/ durée du contrat**

Force est de constater le formidable décalage qui peut exister entre la durée du contrat et l'évolution de la norme (technique en particulier) sur cette même durée. Ce problème est mal appréhendé dans les contrats conduisant ainsi à une prise en charge insatisfaisante des risques d'obsolescence. On se heurte alors constamment aux limites de l'avenant, aux règles afférentes à la prolongation de ces contrats, et aux soultes financières résiduelles au terme du contrat. Pire, certains contrats (en particulier dans le domaine des concessions portuaires, ou des remontées mécaniques), conduisent à différer les investissements dans l'attente du renouvellement du contrat. Une telle politique est contre productive. Peut-être faut-il adapter la loi sur ce point. ■