

UNE APPROCHE HISTORIQUE DU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

XAVIER BEZANÇON*

L'ancien Régime constitue la période de naissances des principaux services publics¹ régaliens ou domestiques. Ayant tout délégué par absence d'administration interne à l'Etat et faiblesse continue des moyens fiscaux, l'Ancien Régime est à l'origine de tous les contrats publics et de toutes les formes de délégation.

Le sens premier du mot « concession » est « mettre à la place de » (du latin *concedere*). Le pouvoir royal procède massivement par la mise en place de nombreux acteurs : officiers vénaux ou non, véritables concessionnaires, fermiers, alors que la structure de l'Etat grossit lentement à mesure que le temps passe.

Une première forme de délégation est issue du système féodal lui-même par une longue cascade de droits et de pouvoirs partant du roi, passant par les seigneurs et les communautés, pour aboutir aux concessions des premiers services publics locaux par voie d'adjudication dans les services urbains domestiques et de proximité (eau, salubrité, urbanisme, éclairage public, polices locales, voirie...);

La seconde forme de délégation est directe entre le roi et un homme qui prend l'initiative de réaliser des infrastructures et des services (canaux, ponts, aménagement urbain, routes, dessèchement des marais, transports, postes, opéra, magasins généraux...). La concession est attribuée *intuitu personae*.

La troisième est la délégation fiscale et domaniale qui consiste à vendre ou à louer la recette des impôts directs et indirects et des revenus du domaine royal. Elle est plus encadrée juridiquement, plus contrôlée en raison de son importance. Tantôt attribuée par adjudication tantôt *intuitu personae*, elle couvre :

- les services régaliens (monnaie, professions réglementées...);
- les services fiscaux (fermes fiscales, du sel du tabac et de l'octroi...);
- les services domaniaux (domaines, mines, colonies, prises,...).

De nombreux services nouveaux, apparaissent au XIX^e siècle dans les

* Délégué général adjoint du SNBATI et consultant.

1. Activité organisée par la puissance publique (Etat ou collectivité locale), par la réglementation, la prestation ou la délégation à un tiers.

infrastructures urbaines et de transports au niveau national (chemins de fer, transports publics, canaux, télégraphes puis téléphones) ou local (eau, gaz, électricité...). Tous naissent et se développent sous le régime de la concession de travaux publics.

La passation des marchés est dotée d'un cadre réglementaire dès la Révolution puis en 1836 pour l'Etat et en 1837 pour les collectivités locales. Les contrats de concession passés par les collectivités sont librement négociés et soumis à la tutelle de l'Etat. L'Etat adopte au niveau national une série de lois relatives à chaque nouvelle forme de concession d'infrastructure notamment en matière de transports en général après avoir négocié avec les compagnies concessionnaires.

Ces lois sont très brèves comportant parfois moins de 10 articles et elles vont fonder la révolution technique des services publics de ce siècle. Le XIX^e siècle invente toutes les méthodes d'aides en tout genre, de financement ou de paiement des prestations par la collectivité publique dans les contrats de concession.

Le XX^e siècle, bien que poursuivant la tradition délégataire, l'encadre et la transforme. Nous allons présenter une vue de synthèse sur l'histoire et l'analyse de la délégation en renvoyant pour un exposé très détaillé à notre ouvrage².

Le partenariat privé-public avant la Révolution

Avant la disparition de saint Louis

Les services publics régaliens et municipaux sont mis en place en partie par voie délégataire avant la disparition de saint Louis en 1270.

Les principaux textes royaux ou coutumiers³ originels en matière de service public concernent les pouvoirs régaliens et les questions essentielles de la vie en société (l'armée, l'organisation de la guerre, la tranquillité publique, la justice, le pouvoir judiciaire, le droit civil et criminel, les fiefs etc) et l'organisation du pouvoir local.

Beaucoup de ces services ou offices sont, en ces temps anciens, concédés ou affermés, c'est-à-dire :

— la monnaie, la carte, les impôts, les péages et les droits féodaux, banalités aux mains des seigneurs ou des communautés : ponts, moulins et fours, services essentiels ;

— au plan des infrastructures, les préoccupations, s'agissant des ponts et

2. *Les services publics en France du Moyen âge à la Révolution*, Presses des Ponts et chaussées 1995, 440 pages, 49 rue de l'Université 75007.

3. Les coutumiers sont les recueils de droit local, les plus connus sont les « établissements de saint Louis », le « livre de justice et de plet », la coutume de Beauvoisis.

des routes -hormis à la période de Charlemagne- paraissent très locales et souvent reliées aux questions des péages⁴.

Les textes de service public de 1270 à 1789 ou l'émergence des infrastructures et des services publics.

Les infrastructures vont vraiment apparaître comme une préoccupation d'Etat à partir du xvii^e siècle sous l'impulsion de Sully et de Colbert. Ces deux administrateurs exceptionnels vont initier non seulement de grandes politiques en régie mais aussi en délégation, en surveillant avec une attention pointilleuse les réalisations de l'une et de l'autre. Voici les dispositions relatives à la délégation :

Au xiii^e siècle, les concessions d'urbanisme des Bastides du Sud Ouest se développent et le serment de France est institué ; il s'agit de la règle professionnelle des ouvriers des monnaies, la monnaie étant affermée aux enchères auprès de maîtres de monnaies.

Des textes du xiv^e siècle émergent plusieurs préoccupations :

— un renforcement de la mise en place des professions réglementées : notaires (1317), huissiers-sergents (1309), de nombreuses réformes monétaires ;

— la mise en place de la ferme fiscale.

Au xv^e siècle, de grands services publics apparaissent, notamment sous la houlette de Louis XI (règne de 1461 à 1483) qui organise par des systèmes délégataires la poste aux chevaux (1464) et les concessions de mines (1471). L'entretien de la navigation de la Loire est confié aux marchands du fleuve en 1402, qui lèvent un péage qui durera jusqu'à la Révolution. D'autres délégations apparaissent dans le domaine urbain (les lotissements). Enfin, des privilèges sont attribués aux commerçants de la Hanse Teutonique, véritable politique d'importation fondée sur la concession de port.

Le xvi^e siècle est celui de l'installation de la loterie qui est immédiatement déléguée, du développement des préoccupations de voirie à partir de 1508 et de la mise en place de concessions de mines à l'échelle nationale (Roberval et Saint-Julian), mais il est surtout marqué par la création :

— des concessions de canaux : la canalisation de la Vilaine est confiée aux bourgeois de Rennes en 1535 et Adam de Craponne propose la création du canal de la Durance ;

— des concessions de coches en 1575 sur Paris, Orléans, Troyes, Beauvais, Rouen, qui entraîna la création d'un surintendant en 1594 ;

— des « concessions » de louage de chevaux en 1597, mi-services de transport, mi-services agricoles ;

— des concessions de dessèchement des marais en 1599, véritables concessions d'aménagement régional qui deviendront urbaines au xvii^e siècle.

4. Capitulaires de 755 et 779.

La poste s'ouvre au public.

Le xvii^e siècle est celui de la consolidation des services publics et d'un début de maturité dans les méthodes. Il est le grand siècle de la délégation et de la création des contrats publics.

Les règles de l'adjudication dans les marchés sont systématisées pour l'Etat en 1605. Cela précède de peu la naissance des procédures classiques de contrats de concessions illustrées par la canal de Briare (1638) et celui du Languedoc (1666) qui sont deux formes achevées d'organisation de la délégation. Elles seront suivies de nombreuses autres concessions accordées par Colbert. Le canal du Languedoc, financé aux deux tiers par le roi et passé en adjudication, préfigure les concessions modernes.

— Les colonies sont concédées en fief à partir de 1615.

— En 1607, des concessions de villes sont confiées au Flamand Bradley par extension des concessions de dessèchement des marais. Ces dernières se maintiendront très longtemps par concessions successives entre personnes privées.

— Les concessions d'aménagement urbain et de ponts se multiplient à travers des contrats conférant à des promoteurs l'urbanisation de quartiers entiers de villes notamment sous Louis XIII (à Paris : Harlay, Barbier, Marie, Frogier, etc.).

— Les concessions de ponts sont de plus en plus nombreuses, les magasins généraux sont concédés en 1674.

— La distribution d'eau débute modestement par les machines élévatoires de Lintlaër et de Jean de Mance, contrats de 10 ans rémunérés par la ville de Paris et le roi.

— L'enlèvement des ordures ménagères (délégué sur 30 ans et rémunéré par la puissance publique) s'organise en 1608.

— Les fiacres sont concédés en 1657, les carrosses en 1662, les chaises à porteur l'avaient été en 1617 tandis que les coches d'eau sont réglementés et en partie concédés.

— L'opéra est créé sous une forme de régie intéressée en 1672.

— La construction des grandes routes fait l'objet, ainsi que les ponts, de contrats de délégation de 10 ans selon les directives fixées par Colbert en 1669.

Le xviii^e siècle voit s'instaurer des grands services publics municipaux concédés : les vidanges des fosses d'aisance en 1755, les pompes à feu en 1777, c'est-à-dire la naissance de la distribution de l'eau, les pompes à incendie, l'éclairage public en 1769. C'est d'ailleurs le siècle du vrai démarrage des transports publics par l'extension considérable des fiacres et carrosses de place.

La puissance publique intervient sous une forme pseudo-délégataire dans l'organisation de la banque, la caisse d'escompte, les monts-de-piété. Les concessions de canaux se poursuivent mais elles sont confiées aux ingénieurs

des ponts et chaussées et commencent à perdre leur don domanial et leur caractère perpétuel.

Toutes les formes de contrats publics sont nées sous l'Ancien Régime, particulièrement celles de délégation de travaux et de service public.

Le cadre : FOI - BAN - PÉAGE et CORVÉE

A l'origine était le ban, le péage et la corvée... mais aussi le système féodal : le ban est la règle de droit local, le péage est la principale source fiscale des seigneurs et des communes, la corvée est l'obligation de participer physiquement aux travaux de construction ou d'entretien des ouvrages publics ; son institution remonte au premier millénaire.

Le système féodal

Le système politique féodal repose sur l'établissement de liens interpersonnels entre un seigneur protecteur et un vassal serviteur. Par un contrat moral, le seigneur s'engage à défendre son vassal et ce dernier jure fidélité au premier qui pourra lui demander conseil et aide dans la guerre (le devoir d'ost). Ces « fois » bilatérales se traduisent par un « contrat » : la fourniture de terres de suzerain au vassal confère à ce dernier un revenu domanial en contrepartie de l'allégeance politique et du devoir d'obéissance du second au premier.

L'expression d'une idée ou d'une fonction nouvelle ne peut se traduire dans ce contexte féodal que par l'érection d'un fief en terre ou d'un fief en fonction et en termes domaniaux ou fiscaux.

Dans le cadre politique féodal, les concessions de canaux sont naturellement érigées en fiefs domaniaux tandis que les concessions de services publics nouveaux font l'objet tantôt de transferts domaniaux, tantôt de privilèges fiscaux ou de revenus par fiefs en fonction, tous monopolisés, afin d'éviter toute concurrence ruineuse.

Au niveau local, une longue cascade de pouvoirs délégués issus du roi, se transmettant par les seigneurs et les communautés, aboutit à l'organisation de services publics municipaux.

L'organisation municipale féodale

Plusieurs mouvements convergent vers un même résultat dès le XII^e siècle. Serfs et bourgeois revendiquent leur émancipation et de premières « lettres de communes » sont attribuées par le roi tels les privilèges accordés à Orléans en 1137.

Les communes se multiplièrent également par la volonté des rois, notamment sous Philippe Auguste pour affaiblir les seigneurs directs qui étaient leurs vassaux.

Le seigneur « concède » aussi à la communauté sa liberté de gestion souvent moyennant finances. Échevins, jurats et capitouls gèrent le patrimoine communal au sens large et les services publics locaux. Les lettres sur le gouvernement municipal de la ville de Sens en juin 1474 prévoient l'établissement de « *notables prudenz, expérimentez en affaires touchant le bien, régime, police, gouvernement de la chose publicque...* ». Les actes royaux instituant des communes fixaient généralement avec précision les compétences de celles-ci.⁵

Le transfert de pouvoir aux autorités municipales repose en partie sur le transfert du ban qui constitue le pouvoir d'édicter des règles de vie collective dans les différentes « polices » (hygiène, santé, sûreté et tranquillité publiques, principalement) et de délivrer des autorisations, notamment en matière d'urbanisme. Le fonctionnement des communautés reposait sur les membres de la communauté et sur les nombreuses obligations de faire, à titre personnel, des bourgeois : surveillance, contrôle mais aussi corvées pour les constructions et l'entretien des ouvrages publics ou pour la défense de la cité (guet, milice, participation au combat). La passation des marchés publics est réglementée sous saint Louis en 1256.

Le service public municipal fut à son origine le service de tous par tous. Tous doivent exercer leurs fonctions « bien loyaument », notamment s'agissant des polices répressives : contrôle des vivres, des champs, de l'urbanisme, et prêter serment.

Lorsqu'elles n'organisent pas en régie le service, et cela est le cas le plus fréquent, les autorités municipales et seigneuriales délèguent celui-ci en recourant à la concession dont le contenu est mi-réglementaire et mi-prestataire dans les moulins, les ponts, l'aménagement urbain, l'éclairage public.

La concession est attribuée par adjudication publique, qu'il s'agisse de la ferme d'une taxe (octroi), d'une banalité, d'un équipement avec service, mais la personne du concessionnaire est prise en compte et parfois même à titre principal lorsque le service est jugé important, tel l'enseignement. Ce sont les communautés qui fixent les clauses et conditions du contrat, parfois après établissement d'un devis. Une publicité sur la mise en concurrence et sur les conditions du contrat est organisée (affichage ou annonce dans les paroisses, cri public). L'enchère publique permet aux candidats de faire des « surenchères » à la chandelle et par des jeux de primes. Le dédit est accepté pour la folle enchère. La communauté peut ne pas s'engager au terme de la procédure, surtout en cas d'insuffisance de caution de l'enchérisseur retenu.

Bacs, fours, boucheries, moulins mais aussi péages, pressoirs, pêcheries, poissonneries, constituent le champ des banalités qui sont parfois réglemen-

5. La police des grains et de leur transport est souvent essentielle comme le montre le règlement de police du prévôt des marchands de Paris de 1415 : « Nul forain, soit marchand ou autre, ne descendra aucuns blez, farines ou grains sur terre en ladite ville de Paris, ne mettra en grenier, synon es places et marchiez establiz et ordonnez, pour iceulx vendre et distribuer, sans le congé et licence desdits prevost et eschevins, sur paine de forfaiture. »

tées au niveau de l'Etat. Ainsi trouve-t-on des lettres qui limitent le nombre des bouchers à Orléans en 1220 à la charge d'une redevance de la part de chacun d'eux. Pourquoi ces professions sont-elles monopolisées ?

Elles représentaient un revenu assuré pour les communes, tout en évitant toute concurrence à leurs détenteurs, dans des domaines de distribution de services, vitaux pour la population, requérant une attention permanente de l'autorité publique en fonction de la rareté des vivres et des disettes éventuelles.

En 1170, Louis le Gros accorde aux bourgeois de Paris le privilège du transport des marchandises et en 1192, la concession (*concessio* dans le texte) leur est accordée pour mettre à terre les vins venus par eau : les origines célèbres de l'organisation administrative de la ville étaient fondées sur une concession de transport sur la Seine, seul moyen permanent praticable à une époque où il n'existait pas de routes.

Dès saint Louis, la centralisation est installée : maires et échevins doivent venir rendre leurs comptes au roi à la Saint-Martin⁶.

Le péage

Le péage représente la plus ancienne source de fiscalité ou de revenu pour le roi, les seigneurs, mais aussi pour les communes et les abbayes. Le droit de péage découle des pouvoirs royaux, c'est le roi qui l'accorde, l'autorise et le retire. Leur réglementation et leurs modes de concession figurent parmi les plus anciens textes.

Les péages apparaissent sous le titre « de telonea » dans deux capitulaires, celui de Vernon de 755 (chapitres 22 et 26 « de teloneis ») et de Théodon en 821 sur le paiement et l'exemption des péages. De telles exemptions sont attribuées aux religieux, telle celle de 1118 en faveur de l'abbaye de Saint-Denis et aux seigneurs, comme il résulte des établissements de saint Louis article 60 : « *Nul gentilhomme ne paie le droit ordinaire, ni celui de péage.* » La sanction apparaît dans ce même texte contre « *le marchand qui trespasse péage* » (qui passe le péage sans payer) : il est redevable de « *60 sous d'amende à celui à qui appartient le chemin* », ou bien il perd son bateau en cas de navigation.

Le roi baillait à ferme ses péages et ce, parfois aux intéressés eux-mêmes à savoir les navigateurs, pour l'entretien de la navigabilité des cours d'eau (lettres de mai 1410 pour la Loire). Des péages étaient accordés aux villes par le roi pour l'entretien d'un ouvrage (fortifications, ponts, routes) ou concédés par le seigneur local à la même fin. S'agissant d'un revenu pour les seigneurs, ceux-ci étaient fortement incités à les augmenter.

A partir de la fin du XIV^e siècle, les rois commencent à supprimer ou à contrôler sérieusement les péages. Au début du XV^e siècle, la question est traitée encore plus rigoureusement : des commissaires sont institués pour

6. Ordonnance de 1256 sur l'administration municipale des bonnes villes.

surveiller dans le Dauphiné « *les titres, la qualité des péages et la manière d'en jouir* » (lettres patentes du 23 mars 1404).

Les rois rappelèrent sans cesse le lien du péage aux travaux publics d'établissement des ouvrages et d'entretien⁷ et prennent des sanctions parfois en les supprimant. Le peu d'efficacité de ces mesures est prouvé par la succession des édits qui répètent tour à tour les mêmes interdictions, en vain. En 1559, il est rappelé l'obligation du « tableau » (tarif affiché) et de ne pas « molester » ni « travailler » lesdits marchands « sur peine du quadruple envers les marchands, amende arbitraire et punition corporelle ».

L'ancien Régime invente les quatre formes de contrats publics

Les délégations correspondent pour la puissance publique à des situations en général complexes, nécessitant des offres préalables et en tout cas une négociation sur les éléments du contrat qui porte sur un service ou une infrastructure inconnus ou mal maîtrisés : les mines, les colonies, les canaux, les carrosses répondaient à cette situation, ou appelant une gestion délicate et permanente : les machines élévatoires des eaux, les dragages, les voiries et les turcies en sont l'expression.

En revanche, lorsque l'objet du contrat est parfaitement maîtrisé, connu et arrêté, qu'il s'agisse d'un service ou de la construction d'un ouvrage, le recours au marché est possible, la voie de la délégation aussi, mais elle est moins recherchée, c'est l'exemple des constructions de ponts à la fin de l'Ancien Régime.

De nombreuses situations contractuelles historiques montrent que la délégation découle d'une situation de monopole (le savoir et les fonds étant détenus par une seule entité privée), tandis que les marchés reflètent au contraire un monopsonne c'est à dire l'unicité d'un acheteur (la puissance publique) face à une multiplicité d'offreurs.

Quels sont ces contrats ?

— Dans le domaine des travaux publics : baux simples de travaux, baux complexes et longs délégataires, concessions d'ouvrages (ponts et canaux principalement).

— Dans le domaine des fonctions régaliennes : affermage de fonction de gestion (domaine, fiscalité) ou de production (monnaie, loterie...).

Mais le partenariat privé-public va au delà des contrats : dans de nombreux domaines, la réglementation cherche à offrir la prestation au public par l'auto-prestation (ordures, pavage...) ou la surveillance étroite des profes-

7. Édît de Versailles en avril 1683 : « LOUIS, etc. Comme les grands fleuves et les rivières navigables appartiennent en pleine propriété aux rois et aux souverains, par le seul titre de leur souveraineté, tout ce qui se trouve renfermé dans leurs lits, comme les îles qu'elles forment en diverses manières, les accroissements et attérissements, les péages, passages, ponts, bacs, bateaux, pêches, moulins et autres choses ou droits qu'elles produisent nous appartiennent, et personne n'y peut prétendre aucun droit sans un titre exprès et une possession légitime. »

sions (offices ministériels). Nous renvoyons pour ceux-ci à la lecture de notre ouvrage.

La durée différencie les contrats

La « contractance » publique a historiquement procédé de deux formes répondant à des objets différents : d'une part les contrats portant sur des marchés d'infrastructure ou de services de courte durée : baux et délégations fermières ; d'autre part les contrats de délégation d'infrastructure et de service de longue durée ; concessions classiques et d'innovation.

• *Les contrats courts*

Les marchés de courte durée : les baux

Correspondant à une gestion en régie, c'est-à-dire conçue, dirigée, surveillée et corrigée par la puissance publique, cette forme de contrat bien que peu pratiquée sous l'Ancien Régime, nous offre des exemples continus, tels le bail d'entretien du pavé de Paris ou la construction des ponts.

Les éléments caractéristiques de ce contrat sont, outre sa durée généralement inférieure à dix ans et, en tout état de cause, incomparable aux concessions perpétuelles ou de très longue durée :

- une maîtrise totale du processus d'action par la personne publique aux trois niveaux : conception du service et par conséquent de l'ouvrage puis du contrat, celui-ci n'étant pas négocié ;
- la dissociation des prestations de service et de construction d'infrastructures ;
- la conservation de la responsabilité la plus importante des résultats de l'opération par la personne publique ;
- la direction des opérations par l'administration.

La délégation fermière : l'exploitation d'une fonction en régie intéressée

Il s'agit d'une exécution déléguée avec des obligations de moyens, entièrement détaillées, procédant souvent par adjudication et achat de la fonction fiscale. On trouve dans ce groupe les fermes fiscales et domaniales, les tabacs, le sel et son exportation, les prises, la loterie, mais aussi l'opéra. La prestation est consacrée au service de l'Etat, elle est inscrite dans des baux, et non des concessions, elle est de courte durée, elle n'implique pas d'investissements technologique ou d'invention mais elle repose sur l'achat d'une fonction. Le résultat est assuré pour le monarque mais pas pour ses exécutants. En instituant les prises, le roi a quelques chances que certains corsaires réussissent tandis que chaque corsaire est loin d'être sûr de réussir. Le « contrat » est plus un ensemble de contraintes et de règles extrêmement détaillées (ce sont les lois les plus longues de leur époque) qu'une organisation de service pour un résultat certain.

• *Les délégations de longue durée*

Il s'agit d'une forme particulière de contractance où la personne publique cède des droits souverains ou de puissance publique contre l'obtention d'une prestation considérée d'intérêt public. Si le mot concession apparaît peu dans les textes anciens, en revanche elle constitue un cadre juridique général et stable auquel il fut recouru dans les services et infrastructures publics :

— par le système du fief en terre pour les concessions d'Etat, à travers des lettres patentes ;

— par adjudication, pour les services publics municipaux, de baux de longue durée.

Il s'agit dans les deux cas d'obliger un tiers délégataire (concessionnaire, fermier) à atteindre un résultat de prestation offerte au public et parfois à l'Etat, comportant un investissement dans un délai donné contre des protections diverses permettant d'aider à la réussite du contrat et sous peine d'être déchu de celui-ci.

La concession initiale ou d'innovation

Il s'agit d'un contrat prévoyant une obligation de résultat du contractant dans un cadre de liberté totale d'organisation de celui-ci qui est même souvent doté de pouvoirs de souveraineté. La concession apparaît historiquement en corrélation avec des inventions, des idées nouvelles et des découvertes. La concession est d'abord et avant tout la « nurserie » contractuelle de ces découvertes : canaux, mines, colonies, dessèchements, carrosses et magasins généraux.

Les premières concessions de canaux (Briare 1638) jugées comme extrêmement difficiles techniquement, coûteuses et risquées, vont donc être attribuées dans un cadre plus que libéral, c'est à dire assorti de véritables transferts de pouvoirs de souveraineté.

En échange de sa prestation, le concessionnaire reçoit les terrains en don domanial perpétuel et son activité est monopolisée à son profit pour une longue durée de temps.

La concession classique et le contrat de délégation

Il s'agit d'obligations de résultat de la part du contractant, obtenues dans un cadre juridique procédant par la fixation plus ou moins étendue d'obligations de moyens et soumises à des contraintes de direction de la puissance publique. On rencontre dans ce groupe les concessions municipales : les ponts, l'eau, les vidanges, les contrats de voirie et d'enlèvement des boues, les débuts du secours au feu, de l'éclairage public, les concessions d'aménagement, les monnaies, certaines concessions minières, le canal du Languedoc ou le projet de contrat de la concession échouée de l'Ourcq par Brulée, le canal de l'Yvette.

Les concessions classiques

Le résultat demeure une obligation claire sous peine de déchéance du contrat. L'Etat devient beaucoup plus directif sur les moyens pour atteindre le résultat :

— les tracés d'ouvrages sont fixés par lui (les ponts) ou avec lui (Languedoc) ; le pouvoir exerce une partie des fonctions de maîtrise d'ouvrage par des commissaires départis ;

— le financement demeure en majorité à la charge du concessionnaire, mais le paiement de la prestation peut être mis totalement ou partiellement à celle de la commune ou de l'Etat : éclairage public, ordures ménagères, machine des eaux de Paris, canal de Sète. Le cofinancement Etat-privé apparaît : canal du Languedoc, certaines mines ;

— la conception architecturale notamment ou des investissements peut être globalement indiquée par le prince : la place Dauphine, les places royales et les concessions d'aménagement sont typiques à cet égard. Le roi en fixe la volumétrie et il définit les aspects architecturaux des façades. Mais il n'intervient pas dans les travaux car le savoir-faire et l'organisation de l'investissement demeurent fondamentalement aux mains du secteur privé et l'expropriation reste aux mains de l'Etat (canal du Languedoc, création des places royales, mines...).

Quelques exemples

La première concession d'eau à Paris aux frères Périer en 1777

Les lettres patentes obtenues le 7 février 1777 par les frères Périer, qualifiés de « *mécaniciens* », leur permettaient :

— premièrement, « *d'établir et de faire construire à leurs frais, dans cette ville de Paris, ès lieux qui seront jugés par nous convenables, des pompes et machines à feu propres à eslever l'eau de la Seine et de la conduire dans les différents quartiers de la ville et de ses fauxbourgs pour être distribuée aux porteurs dans les rues et dans les maisons au prix qui sera réglé de gré à gré* » ;

— deuxièmement, « *de faire construire, aussi à leurs frais, dans tous les lieux et aux endroits qui leur seront pareillement par nous indiqués, des fontaines de distribution, pour faciliter à un prix modique, l'approvisionnement des petits ménages et des particuliers qui ne jugeront pas à propos d'avoir chez eux des réservoirs* ». En effet, l'eau arrivait à l'heure et jour fixés par « la ligne » dans un réservoir au bas des immeubles ;

— troisièmement, « *de placer sous le pavé tous les tuyaux de conduite, trappes, regards, puisards, robinets et de faire toutes les constructions nécessaires pour la perfection de l'établissement desdites pompes à feu, pour lequel établissement sa Majesté a accordé aux sieurs Périer un privilège exclusif pendant 15 années à commencer du jour que les machines commenceront à courir, aux charges, clauses et conditions portées ès dites lettres* ».

La concession du canal de Briare en 1638 (extraits)

(1) « nous leur avons par ces présentes signées de notre main [...] cédon, quittons, délaissions et transportons à eux, [...] le fonds, très fonds dudit canal, levées et escluses d'icelui, leur en avons accordé et fait don, [...] »

(2) « mettant et subrogeant pour ce regard lesdits Bouterouie et Guyon en nostre lieu et place [...] »

(3) « Payeront la valeur au dire de gens à ce cognoissants » (des terrains) [...] »

(4) « entendons qu'ils puissent faire tracer le canal par tous les lieux et endroits qu'ils trouveront à propos [...]. qu'ils prennent les héritages qui se rencontreront en leur alignement, abattent et démolissent les maisons et moulins qui se trouveront nuisibles, en remboursant les propriétaires au dire d'experts et gens à ce cognoissants. Ils ne seront tenus de payer le prix desdits héritages que trois mois après l'estimation d'iceux [...] »

(5) « Ils prendront telle quantité de terre qu'ils jugeront nécessaire [...] pour faire des maisons, cours fermées et magasins pour la décharge, conservation et sécurité des marchandises qui seront voiturées sur ledit canal [...] »

(7) « Ils pourront prendre et détourner toutes les eaux qu'ils jugeront nécessaires, [...] en dédommageant par chacun an les meuniers ou propriétaires, [...] qui pourraient souffrir de la perte [...] »

(8) « et où il sera besoin de construire des aqueducs [...], ils le pourront faire, [...] en dédommageant de même sorte. »

(9) « Il feront tirer de la pierre [...] à tous lieux qu'ils aviseront [...] en dédommageant au dire d'experts. »

(10) « Il leur sera loisible [...] d'abattre et rehausser les ponts. »

(11) « Si lesdits Bouterouie et Guyon ne rendent lesdits ouvrages faits et parfaits dans lesdites quatre années, ils demeureront deschus du don que nous leur faisons par ces présents. »

(12) « Estant nécessaire d'employer de notables sommes pour creuser et continuer ledit canal, [...] réparer les ruines survenues ès ouvrages faits ou commendez, et pour mettre à perfection un tel ouvrage, comme aussi pour entretenir ledit canal, estangs, ruisseaux, réservoirs d'eaux, aqueducs, levées, et autres choses par des réparations continuës, [...] accordons ausdits Bouterouie et Guyon ... à perpétuité, un péage sur toutes les marchandises qui seront voiturées sur ledit canal, et cinq sols pour bateau, bascule ou train de bois [...] »

(13) « afin que le public en reçoive d'autant plus d'utilité », le roi s'interdisait toute nouvelle imposition pour le futur.

(17) « Nous leur avons accordé de pouvoir établir sur ledit canal un ou plusieurs bateaux qui partiront un des jours de chaque semaine de Briare pour conduire et voiturer des personnes jusques à Paris, et de Paris jusques à Briare, comme aussi ès Villes qui sont entre Briare et Paris, dont ils percevront l'émolument provenant de la voiture desdites personnes; »

(18) Le roi affranchit le canal « de la mouvance, censive et justice de quelques seigneurs que ce soit » afin que ses propriétaires puissent « le posséder à toujours en pleine propriété et le tout tenir de nous en fief de franc-alleu purement et simplement ⁸.

(20) « Nous leur avons de plus accordé et accordons toute haute justice, moyenne et basse, sur toute l'étendue du canal[...] tant en matière civile que criminelle et mixte [...]

(21) « Ils pourront établir en la ville de Briare, [...] un juge, un lieutenant, un procureur de seigneurie et autres officiers pour cognoistre et juger en première instance [...]

(22) « Leur avons permis de commettre et établir douze personnes pour gardes dudit canal[...] dont ils se serviront pour avoir l'œil à la conservation de tous lesdits ouvrages et aux réparations qu'il y conviendra faire journellement, lesquels gardes pourront exploiter et mesme mettre à exécution tous mandements[...] concernant ladite navigation, conservation desdits, ouvrages, circonstances et dépendances.»

Les contrats de délégation à paiement public

Colbert, par une circulaire aux intendants, du 10 décembre 1669, imposa que les marchés des ouvrages d'art soient accompagnés d'une phase d'entretien de 8 à 10 ans. Il y affecte de 10 000 à 15 000 livres par généralité et par an voire plus dans les meilleures années. Voici le texte de celle-ci :

« M., étant important pour la commodité publique et la facilité du commerce, que les ponts et chaussées et tous les grands chemins de chaque généralité du royaume soient toujours en bon état, je vous prie de passer promptement des marchés pour l'entretien des ouvrages nouvellement faits dans votre département, et d'observer avec soin à l'avenir de ne faire aucun marché pour le rétablissement des ouvrages desdits ponts et chaussées que vous n'obligiez en même temps les entrepreneurs à se charger de les entretenir pendant huit ou dix années, en leur donnant par chacun an la somme que vous croirez raisonnable pour les y engager, de laquelle je ferai ensuite le fonds.»

Colbert utilisa ce contrat également pour les levées et turcies sur les fleuves, le port de Sète, les ponts et voiries et probablement sous son influence, la ville de Paris l'utilisa dans deux contrats en 1670 à de Manse et Jolly pour réaliser et faire fonctionner des machines élévatoires des eaux de Seine pendant 10 ans contre 2 000 livres par an⁹.

Dans le bail du 1^{er} janvier 1681 pour l'entretien du pavé de Paris, « le contrat de Colbert » est porté à son apogée. Le bail est adjudgé au rabais à Charles Defrance à l'automne 1680 pour construire 33 000 toises carrées de

8. Fief libre sans hommage.

9. Baux ratifiés le 16 juin 1670.

pavé dont 15 000 toises devaient être faites les deux premières années d'un bail de 9 ans tandis que les 7 dernières voyaient la réalisation de 1 700 toises par an environ de travaux de réparation et d'entretien dans la ville et « *de rendre en bon et suffisant état d'entretien, tant les ouvrages neufs que tout ce qui aura été relevé ou réparé pendant le cours dudit bail (...) moyennant la somme de 130 000 liv. pour chacune des 9 années du présent bail, qui lui seront payés en douze paiements égaux de mois en mois par le receveur du Barrage de la Ville et faubourgs de Paris* ».

Il y avait bien en conséquence une importante avance financière dans le contrat entre les travaux exécutés et leur paiement étalé dans le temps. Le contrat donnait lieu à une réception annuelle. Nous sommes en présence d'un contrat qui constitue l'ancêtre des marchés d'entreprise de travaux publics modernes.

L'Ancien Régime va léguer aux siècles suivants la concession en fonction tandis que disparaissait la concession en fief. La délégation fiscale ne disparaîtra vraiment qu'à la fin du XIX^e siècle (l'octroi).

Un XIX^e siècle libéral pragmatique et concessionnaire qui invente toutes les formes de financement des travaux publics

Les lois révolutionnaires et la concession

La Révolution n'arrête pas le processus des concessions de travaux publics, elle le ralentit à cause des troubles politiques. Le droit révolutionnaire refonde la concession en la séparant de la notion de fief, le régime féodal étant aboli. Il normalise les notions de travaux publics (et leur régime de passation) et de service public, laquelle figure dans le titre de plusieurs lois. Enfin, il clarifie les concepts en posant des principes qui sont en grande partie en vigueur aujourd'hui notamment celui de la loi des 2 - 17 mars 1791 portant suppression des jurandes et établissant la liberté du commerce et de l'industrie. Celui-ci domine le XIX^e siècle¹⁰.

— La loi relative aux domaines nationaux du 1^{er} décembre pose dans son exposé le principe, « 1^o que le domaine public dans son intégralité avec ses divers accroissements, appartient à la Nation ; [...] « 3^o [...] Puisque des possessions foncières, livrées à une administration générale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que dans la main de propriétaires actifs et vigilants elles se fertilisent, multiplient les substances, animent la circulation, fournissent des aliments à l'industrie, et enrichissent l'Etat [...] ». La loi prévoit la possibilité de vendre les Domaines Nationaux (article 8) mais son article 9 pose le principe

10. Article 7 « (...) il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. »

d'indélégalité des droits régaliens.

Les concessions basées sur le régime féodal sans contrepartie d'une prestation de service furent en conséquence supprimées.

Les péages furent supprimés par le décret du 28 mars 1790 à l'exception :

« 1° Des octrois ;

2° Les droits de bac et de voiture d'eau ;

3° Ceux des droits énoncés dans ledit article qui ont été concédés pour dédommagement de frais de construction de canaux et autres travaux ou ouvrages d'art construits sous cette condition [...] »

Mais surtout la gestion en régie par les collectivités publiques est philosophiquement et pratiquement très mal vue. Rejetée pour son caractère antithétique avec les lois libérales révolutionnaires, qui fondent la primauté de l'entreprise individuelle sur toute autre forme d'entreprise, la gestion en régie est en permanence prohibée, déconseillée voire exceptionnellement autorisée par l'Etat dans des cas très spécifiques (notamment les concessions thermales). Cette attitude se poursuit jusqu'au début du xx^e siècle.

En 1877, le Conseil d'Etat se refusait à admettre la régie des distributions d'éclairage : « il est à craindre, qu'une ville transformée en entrepreneur d'éclairage, pour éviter des pertes ou pour avoir des gains, ne soit amenée à négliger les services auxquels elle devrait pourvoir ou à exagérer le prix des abonnements. » (Avis sur projet de loi tendant à autoriser l'exploitation de la régie du gaz à Tourcoing.)

En 1887, il refusait à la ville de Paris le droit d'exploiter directement le funiculaire de Belleville car « l'entreprise ayant un caractère essentiellement industriel ne rentre pas dans le cercle des attributions des municipalités ».

A propos de la création d'un service de vidanges, le Conseil d'Etat déclare en 1900¹¹ : « que les agents municipaux chargés de la gérance et de la direction de l'usine n'étant pas soumis aux responsabilités que la loi fait peser sur les administrateurs des sociétés de commerce, les pertes en cas d'insuccès retomberaient à la charge de la ville [...] »

Le retour de la concession et du péage : ponts, canaux et chemins de fer

Le xix^e siècle se construit sur la concession de travaux publics.

Les Ponts

La loi du 14 floréal An X (4 mai 1802)¹² remet en honneur le système du péage pour construire des ponts en concession (article 11).

Le lancement de quatre nouveaux ponts dans Paris se fait par des concessions en 1801. Des sociétés par actions en sont propriétaires et réalisent le pont de la Cité-Ile Saint-Louis, entre les deux îles, en 1803 ; le pont des Arts, en

11. Séances des 1^{er} et 15 mars 1900, avis dont le texte est reproduit dans le *Revue générale d'administration* (1900, 1, p.433).

12. Loi relative aux contributions indirectes de l'An XI, Potiquet Tome 1 p. 288.

1805 (première construction en fer à Paris) ; le pont d'Austerlitz, en 1806, et le pont d'Iéna, en 1812.

Le procédé rebondit, dans les années 1820, sous l'impulsion de deux hommes d'exception : le directeur de l'Ecole des Ponts et Chaussées Louis Becquey et Marc Seguin, entrepreneur et inventeur génial. Le premier redécouvre la concession en la rapportant d'Angleterre où elle faisait merveille dans les canaux et les ouvrages d'art : il conçoit la plupart des modes de financement privés des infrastructures qui seront utilisés au cours du XIX^e siècle en inventant la fameuse garantie d'intérêt qui rassurera tant de générations de petits et gros investisseurs des chemins de fer.

Le second met au point la technique du pont « à fil de fer » qui révolutionne l'économie de la construction des ponts.

Le directeur exposait ainsi ses vues aux préfets en novembre 1823 :

« Il (le pont) peut donc devenir plus facilement la matière d'une spéculation de la part des capitalistes, et je vous invite à diriger sur cet objet l'attention des personnes qui voudraient consacrer leurs fonds et leur industrie à des entreprises d'intérêt général, où l'intérêt particulier trouverait aussi sa récompense[...] »¹³

L'administration devant l'importance des offres des entrepreneurs, banquiers ou simples bourgeois, recourt au procédé de l'adjudication à partir de 1826, faisant porter la compétition sur la durée des concessions.

La Restauration et la Monarchie de Juillet permettent ainsi la réalisation de plus de trois cents ponts concédés à des personnes privées ou des sociétés anonymes créées pour ce but souvent avec des subventions publiques.

Les canaux

Des canaux avaient été concédés au cours de la Révolution (Ourcq 1790 - Essonne 1791)

Puis deux initiatives particulièrement importantes sont prises, il s'agit de la loi sur le dessèchement des marais du 16 septembre 1807, et du Plan Becquey, du nom du directeur de l'Ecole des Ponts et Chaussées qui fit adopter les lois du 5 août 1821 et du 14 août 1822, relatives à l'achèvement des canaux, dans le cadre d'un programme de relance des travaux sur les canaux.

La loi de 1807, relative au dessèchement des marais donne le pouvoir à l'Etat de concéder le droit d'endigage, les accrues, atterrissements et alluvions des cours d'eau domaniaux¹⁴.

La concession à terme

Selon la loi de 1821, l'Etat se chargeait de construire les canaux financés par

13. Georges Reverdy « les routes de France du dix-neuvième siècle » (les Presses des Ponts et Chaussées). En outre les lois du XIX^e siècle portant sur les services publics auront presque toutes des dispositions concessionnaires allant même jusqu'à interdire la régie (dans les établissements thermaux par exemple).

14. Article 41 et article 37.

des compagnies financières auxquelles il assurait un intérêt de 6 % au capital pendant toute la durée des travaux. Ceux-ci achevés, les recettes d'exploitation devaient payer ce même intérêt et l'amortissement du capital fixé à 2 %. Après le remboursement total et jusqu'à la fin de la concession d'une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, le produit des péages après entretien, devait être partagé à égalité entre l'Etat et les concessionnaires. Et pour mieux inspirer la confiance et attirer les capitaux, il était prévu qu'en cas de contestation, le traité serait toujours interprété dans le sens le plus favorable aux compagnies.

Les 130 millions de francs empruntés pour la réalisation des 2 200 kilomètres de canaux envisagés ne suffiront pas, et, un appel à complément en 1827 pour 50 millions de francs pour permettre l'achèvement des canaux suscita de graves critiques concernant le déroulement du programme qui était en réalité très lent à exécuter en raison à la fois de causes techniques et de la lenteur administrative.

L'ancien directeur de l'Ecole des Ponts et Chaussées, le comte Molé, suggère dans sa critique de laisser aux compagnies privées la totale responsabilité de la conception et de l'exécution des canaux en échange de leur concession immédiate et entière. Le Plan Becquey qui se solde par un demi-échec entraînera ultérieurement et d'une façon décisive les autorités à confier à des compagnies privées la réalisation des chemins de fer dans les années 1840.

Les chemins de fer

Préfigurant les « traités de voirie » d'Hausmann pour la Ville de Paris, l'Etat a mis en place un nombre considérable de procédures de participation au financement des concessions à partir des années 1835 - 1845.

Les concours financier de l'Etat à l'exécution des chemins de fer concédés et à leur exploitation ultérieure prirent des formes diverses, à savoir :

- la participation de l'Etat comme actionnaire ;
- les prêts du Trésor aux compagnies ;
- l'exécution partielle des travaux par l'Etat et à son compte ;
- les subventions ;
- la garantie d'intérêt.

Le refus initial de l'économie mixte et des participations de l'Etat comme actionnaire¹⁵

L'intervention de l'Etat comme actionnaire avait été pratiquée dans plusieurs pays étrangers ; mais elle ne put acquérir droit de cité en France, malgré

15. Lors du débat sur la loi du 9 juillet 1835 sur l'attribution en concession de la ligne de chemin de fer Paris - St-Germain, D'Harcourt déclare : « L'intervention de l'administration dans des opérations particulières est le propre des pays peu avancés. » *Le Moniteur*, mai 1835.

l'intérêt du Gouvernement, à l'origine des chemins de fer pour ce système¹⁶.

Les déboires financiers de certaines compagnies amèneront, à la fin du siècle, l'Etat à prendre en charge des compagnies en régie.

Le système étendu des prêts de l'Etat

Le système des prêts aux compagnies privées a été en faveur pendant un certain nombre d'années comme l'indiquent les lois suivantes qui sont les premières :

— Loi du 17 juillet 1837 - Prêt de 6 millions de francs à la Compagnie des chemins d'Alais à Beaucaire et d'Alais à la Grand Combe ;

— Loi du 1^{er} août 1839 - Prêt de 5 millions de francs à la Compagnie du chemin de Paris à Versailles (rive gauche).

Les taux d'intérêt étaient de 3 à 5 % et les durées de remboursement de 12 à 40 ans.

Le paiement de l'infrastructure par l'Etat

A la suite de débats approfondis devant les deux Chambres, les propositions du Gouvernement furent adoptées par la loi du 11 juin 1842 qui est la grande loi sur les chemins de fer : « Art. 2 - *L'exécution des grandes lignes de chemins de fer définies par l'article précédent aura lieu par le concours de l'Etat, des départements traversés et des communes intéressées, de l'industrie privée, dans les proportions et suivant les formes établies par les articles ci-après. Néanmoins, ces lignes pourront être concédées en totalité ou en partie à l'industrie privée, en vertu de lois spéciales et aux conditions qui seront alors déterminées.* » Les chemins de fer sont massivement concédés à une cinquantaine de compagnies qui seront ultérieurement regroupées. Ainsi l'Etat lorsqu'il ne concédait pas, livrait la plateforme, l'infrastructure (terme né à l'époque) et la compagnie réalisait et exploitait la superstructure, le matériel, les rails, les trains et les bâtiments.

Le paiement par l'Etat du doublement des voies

Les doublements de voies firent l'objet des conventions de 1883 avec les compagnies de l'Est et de l'Ouest. Aux termes de l'article 8 de ces contrats qui modifiaient les contrats initiaux de concession, si l'Etat réclame plus tard la mise à double voie de tout ou partie des lignes à simple voie, il est tenu de payer chaque année à la compagnie une annuité suffisante pour couvrir l'intérêt et l'amortissement du capital dépensé, tant que le produit brut de ces lignes restera inférieur à 35 000 francs par kilomètre ; lorsque le produit atteindra 35 000 francs, l'intérêt et l'amortissement resteront à la charge du

16. Elle a été proposée sans succès par le ministre des Travaux publics à de nombreuses reprises (en 1835, dans un projet de loi relatif au chemin de Paris à Rouen et au Havre ; en 1840, dans un projet de loi relatif au chemin de Paris à Orléans et au chemin de Strasbourg à Bâle ; la même année, dans un autre projet de loi concernant le chemin de Paris à Rouen).

compte général d'exploitation ; le règlement des annuités sera confondu avec celui de la garantie d'intérêt et soumis aux mêmes règles. Ce système fut appliqué petit à petit à toutes les compagnies.

Les subventions financières aux compagnies

La loi du 11 juin 1842 par exemple, portant concession du prolongement du chemin de Paris à Rouen jusqu'au Havre, alloua à la compagnie une subvention de 32 millions. L'assiette de ces subventions a été très variable. Fixées tantôt à la moitié des dépenses, tantôt à des chiffres plus faibles ou plus forts, suivant l'importance des lignes, elles prenaient aussi en compte le prix de leur construction et leur recette probable.

L'extension progressive et la généralisation de la garantie d'intérêt les premières applications

Il fut voté une garantie au profit du chemin de fer d'Orléans dans la loi du 15 juillet 1840 dont le régime était le suivant :

Le taux de la garantie était de 4 %, dont 3 % d'intérêt et 1 % pour l'amortissement des capitaux. Sa durée était limitée à 47 ans environ, bien que la concession fût accordée pour 99 ans : la période de 47 ans correspondait à l'amortissement complet au taux de 3 %, au moyen du prélèvement obligatoire de 1 %. Les sommes versées par le Trésor devaient lui être remboursées plus tard au moyen des excédents de produit net, dès que ce produit s'élevait au dessus de 4 %. Ce système fut étendu aux autres compagnies progressivement.

Le partage des résultats

C'est en 1843 que l'Etat s'est réservé pour la première fois une part des bénéfices nets de l'exploitation, au-dessus d'un minimum déterminé. Le cahier des charges annexé à la loi du 24 juillet 1843 sur le chemin de Marseille à Avignon contenait, en son article 47, la disposition suivante : « *Pendant les cinq premières années d'exploitation, la Compagnie est dispensée de toute redevance envers l'Etat pour la location du sol du chemin de fer et des travaux exécutés avec les 32 millions fournis par le Trésor public ; mais, à l'expiration de ces cinq années, si le produit net de l'exploitation excède 10 % du capital dépensé par la Compagnie en sus de ces 32 millions, la moitié du surplus sera attribué à l'Etat à titre de prix de ferme.* » Il s'agissait beaucoup plus d'un prix de location variable avec le produit net que de l'attribution proprement dite d'une part des bénéfices.

Une clause analogue fut insérée dans les cahiers des charges du chemin du Centre et du chemin d'Orléans à Bordeaux (lois du 26 juillet 1844), le taux à partir duquel devait s'exercer le partage fut de 8 %.

Le droit de partage, soit au-dessus de 8 %, soit au-dessus de 6 %, fut maintenu après 1845, pour un certain nombre de lignes concédées dans le système de la loi de 1842.

A partir de 1852, cette disposition fut appliquée à presque toutes les concessions, en même temps que la garantie d'intérêt, dont elle constituait en quelque sorte la contrepartie. Le revenu au-dessus duquel le partage s'opérait était fixé uniformément à 8 %.

Les concessions municipales : la régie intéressée remplace la concession systématique

Après des siècles de balbutiement et de très lente mise en place des services publics dans les communes, le XIX^e siècle va connaître une accélération et un développement de ceux-ci sans équivalent historique. Les méthodes les plus variées vont y concourir et non seulement la commune va « faire faire » conformément aux principes et à l'esprit du temps mais elle va financer ou co-financer largement les ouvrages et les services et revenir aux méthodes ancestrales d'affermage notamment dans la gestion de l'octroi et de certains services principalement d'ordures ménagères et d'éclairage public.

Les investissements dans la construction des services publics locaux reposent fondamentalement sur l'action des entreprises privées. La concession et la régie intéressée sont les systèmes de base auxquels recourent celles-ci sans plus de formalisme que la négociation du traité soumis à l'approbation soit du préfet, du ministre, et pour les projets d'Etat, l'Assemblée nationale.

Des lois très sobres fixent les principes de la délégation : loi de 1865 pour les chemins de fer locaux, loi de la même année pour les dessèchements des marais communaux, loi de 1851 pour les traités hospitaliers, loi de 1832 pour les concessions thermales, loi de 1811 pour les concessions de mines¹⁷.

Certaines lois entérinent le principe et les modalités d'un traité déjà négocié telle la loi de 1889 pour la concession de l'assainissement de Marseille sur 50 ans entièrement rémunérée par la ville (et qui fut même prolongée) ou la loi de 1892 pour la concession du métro de Paris. La concession de la tour Eiffel en 1887 est accompagnée d'un paiement de l'Etat.

Les traités de régie intéressée sont aussi très fréquents dans l'éclairage public (1859-1866-1877-1888 à Paris) et dans les ordures ménagères. Le profit que tirent les collectivités locales de ces traités par la règle du partage des bénéfices est tellement considérable qu'on peut se poser la question de savoir si ces traités n'étaient pas en eux-mêmes un mode de prélèvement fiscal sur les usagers évitant d'accroître les impôts locaux.

Curieusement, le premier grand contrat de délégation des eaux de Paris et de sa banlieue nouvellement rattachée en 1856 fut un contrat de régie intéressée de 50 ans.

Le contrat le plus caractéristique se situe dans le domaine de l'aménagement : entre 1851 et 1867, Haussmann signe 48 « traités de voirie » qui

17. Hallés, marchés, abattoirs, établissements frigorifiques, haras, transports fluviaux et même routes sont concédés

transforment Paris en une immense concession d'aménagement.

Au terme de ceux-ci les concessionnaires doivent :

— faire partir par éviction ou expropriation les habitants des quartiers rénovés ;

— effectuer tous les travaux de démolition libérant les terrains et ceux de construction de la voirie nouvelle au sens large (pavé, égouts, adduction d'eau et de gaz, bancs, réverbères...);

— construire les terrains libérés le long de la voie en immeubles neufs sous 2 ou 4 ans.

En contrepartie, ils recevaient deux rémunérations :

— la collectivité leur payait les travaux de voirie en annuités (de 5 à 10 annuités) à mesure que celle-ci était construite ;

— les concessionnaires vendaient les terrains ou les immeubles construits.

Le xx^e siècle consacre, transforme et s'oppose à la tradition concessionnaire

Un xx^e siècle qui transforme profondément le rapport public - privé. Si la notion de service public envahit toute la jurisprudence au xx^e siècle, c'est parce qu'une évolution radicalement différente est adoptée dans leurs modes de gestion.

La transformation des modes de gestion

Trois événements inconnus dans l'histoire des rapports public - privé interviennent sur fond de deux guerres très perturbatrices des contrats publics.

— La régie qui était quasiment interdite avant les années 1920 devient non seulement possible à la suite des décrets Poincaré de 1926 mais le mode naturel de gestion après la guerre de 1939 - 1945.

L'exception devenant la norme, il fallut embaucher un personnel chargé de gérer ce que le concessionnaire gérait...

Du côté de l'Etat, la décennie 1920 - 1930 marque la création de plusieurs établissements publics gestionnaires (tel les voies navigables de France).

— L'économie mixte qui avait été expérimentée sans succès dans les colonies avant la Révolution, rejetée officiellement par la chambre au moment de la naissance des chemins de fer, devint elle aussi un mode de gestion privilégié dans de très nombreux domaines au cours de la décennie 1920 - 1930. L'économie mixte adopte le langage concessionnaire à son profit alors qu'il s'agit d'un mode d'organisation dominé par la puissance publique après la guerre de 1940 tandis que c'était l'inverse auparavant.

— Enfin, au terme premièrement de la crise de 1929 qui a gravement affecté les services industriels et commerciaux notamment les transports publics puis des idées du Conseil national de la résistance, deux vagues de

nationalisations ont placé sous la main publique les principales activités concessionnaires: les chemins de fer, les compagnies de navigation, l'électricité et le gaz, les compagnies aériennes, le métropolitain...

Le siècle avait débuté dans la consécration de la délégation par l'adoption de nombreuses lois concessionnaires dans les domaines de l'eau, de l'électricité, de l'hydroélectricité, des casinos... suivies de cahier des charges types, évolution qui d'ailleurs ne se démentira pas après 1945. Mais les conséquences de la guerre de 1914 sont très négatives pour les concessions : les communes sont incitées à faire par elles-mêmes en raison principalement de l'imbroglia parfois dramatique des conséquences financières du bouleversement des conditions économiques des contrats publics en raison de la guerre.

Le Conseil d'Etat se fit au départ de ces contentieux exagérément protecteur des intérêts des concessionnaires ce qui posa clairement la question du choix du mode de gestion des services publics et favorisa l'émergence de nouvelles expériences.

A cela s'ajoute, qu'à partir des années 1930, des textes de plus en plus nombreux remettent en cause la participation financière des communes dans les concessions puis des départements et incitent les collectivités à résilier leurs contrats.

Le principe posé en 1937 de l'équilibre financier absolu en recettes et dépenses du service industriel et commercial gêna sensiblement une traditionnelle mise en commun des finances publiques et privées¹⁸. Reprise en 1947 une autre mesure visa à supprimer les concessions pour cause de manque d'équilibre budgétaire.

En parallèle, la loi du 15 octobre 1938 suivie du décret jamais ratifié d'extension des dispositions de l'Etat aux marchés des collectivités locales ne fit que renforcer l'idée alors encore moyennement répandue de la normalité du fonctionnement en régie.

Le second après-guerre relance fortement la création de sociétés d'économie mixte (à travers les décrets de 1955) principalement dans le domaine de l'aménagement et du logement. Celles-ci se développent surtout à partir de la décentralisation¹⁹ qui voit le décuplement de leur nombre en une dizaine d'années.

Le Conseil d'Etat a transformé la base de son intervention (service au lieu de travail public) et il a encadré au cours des trente premières années du siècle, par les « lois » du service public (Égalité, Mutabilité, Continuité), l'action de l'administration ou de ses concessionnaires.

Jusqu'en 1963, date à laquelle il invente le METP, il conserve une interprétation large de la concession de travail public qui d'ailleurs avait dominé le XIX^e siècle. Depuis l'arrêt Pasquet en 1875 qui concerne la rémunération par la

18. Principe supprimé par l'article 14 de la loi du 5 janvier 1988.

19. Loi du 7 juillet 1983 sur le SEML.

ville de Bourges de son concessionnaire d'eau et à travers de nombreux arrêts, le Conseil d'Etat affirme le caractère de concession de travaux publics pour des contrats recevant une rémunération totale ou essentielle par la puissance publique, le critère essentiel de distinction avec le « marché » étant le fait d'exploiter ou de faire fonctionner le service et non pas le mode de paiement du contrat.

La délégation conserve une vitalité qui ne se dément pas

Malgré les nombreuses attaques dont il est l'objet, le système concessionnaire se maintient et même se développe surtout dans les services urbains. Le début du siècle voit l'Etat poursuivre les concessions du métropolitain puis confier aux hydroélectriciens la construction des barrages, dans des contrats qu'il rémunère en grande partie, tel le barrage de Kembs sur le Rhin en 1927.

Un véritable renouveau qualitatif et quantitatif prend place à partir des années 1960-1970 à travers les concessions d'urbanisme, d'aménagements régionaux et toutes celles d'ordre domanial pour lesquelles sont systématiquement préférées les SEM aux sociétés privées dans les lois qui les fondent. Cela n'empêche pas le secteur privé de développer les concessions urbaines d'eau, de chauffage et d'inventer de nombreuses nouvelles méthodes qui répondent aux besoins contemporains — la restauration scolaire par exemple — et de participer enfin aux concessions de télévision.

Des plus anciens services régaliens organisés dès le premier millénaire jusqu'aux activités économiques les plus diverses, tel l'opéra, l'Etat a considérablement élargi son champ d'action. La concession née dans la foi politique médiévale passe au capitalisme sans avoir été vraiment mise entre parenthèse par la Révolution.

Les vertus du contrat

Par ces actes de concession, l'Etat a confié à des hommes ou des sociétés la réalisation d'une prestation de haut niveau, souvent même technologiquement au-dessus des forces de l'époque.

Le contrat a comme caractéristique essentielle d'engager dans la durée ses signataires. Il est choisi historiquement pour assurer la continuité du service public, le financement des guerres rendant impossible les politiques continues d'infrastructure²⁰. La concession est un « janus multiple » : tout à la fois technique et financier, ce contrat est aussi un règlement. Rapide à exécuter il est très long à amortir, s'appuyant sur des pouvoirs souverains et des obligations précises il est librement organisé... Il permet d'associer le secteur privé au financement du service. Les directeurs-entrepreneurs de l'opéra au XIX^e siècle finançaient les spectacles qu'ils montaient... Ne pourrait-on pas s'inspirer de ce contrat qui a vécu deux siècles ?

20. Colbert, au moment du choix du mode de gestion du canal du Languedoc, mis en concession de fief, justifie par cet argument la délégation.

L'analyse des contrats publics frappe par la permanence historique des formes et du contenu des obligations : les fonctions remplies par les transporteurs publics du xx^e siècle sont bien décrites dans les contrats du xvii^e siècle...

La concession répond d'une certaine façon à un mal français, stigmatisé par Tocqueville dans *l'Ancien Régime et la Révolution* : « *Personne n'imagine pouvoir mener à bien une affaire importante si l'Etat ne s'en mêle.* »