

LE DROIT DE L'ACTION ÉCONOMIQUE LOCALE À L'ÉPREUVE DU PARTENARIAT

JEAN-CLAUDE DOUENCE*

Le partenariat public-privé n'est pas une idée neuve dans le champ de l'action locale. L'historien en relève les origines dès l'Ancien Régime et le droit administratif classique lui consacre une large place (avec notamment les théories jurisprudentielles de la concession de service public ou de la création de services locaux dans les domaines réservés à l'initiative privée). De fait, et contrairement à l'État souverain, les collectivités locales, chichement dotées en prérogatives de puissance publique, ont eu très tôt tendance à recourir à des procédés d'aide, d'incitation et de collaboration pour remplir leurs fonctions.

Le développement de l'intervention publique dans le champ économique et social n'a fait que creuser les disparités. L'État s'est investi de la responsabilité globale de l'action publique en la matière, avec les compétences afférentes, notamment de réglementation et de police, sans même évoquer le manie-ment des instruments financiers et fiscaux. Les collectivités locales n'ont guère reçu que des compétences parcellaires et subalternes, d'exécution ou d'accompagnement, surtout en matière d'équipements collectifs. Les politiques nationales de planification et d'aménagement du territoire des années 1960 illustrent cet état de choses.

La politique de décentralisation des années 1980 n'a pas apporté de changements fondamentaux. En témoigne éloquentement le préambule de l'article 5 de la loi du 2 mars 1982 (reproduit à l'identique pour les autres collectivités) qui déclare : «*L'État a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale, ainsi que de la défense de l'emploi. Néanmoins [souligné par nous], sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe de l'égalité des citoyens devant la loi ainsi que des règles de l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le Plan, la commune peut intervenir en matière économique et sociale dans les conditions prévues au présent article.*»

L'attitude restrictive du pouvoir central n'a pas empêché les collectivités locales de développer considérablement leurs interventions économiques et

* Professeur de droit public à l'université de Pau et des Pays de l'Adour, responsable du Centre d'étude des collectivités locales.

sociales pour accompagner l'expansion durant la période dite des « Trente Glorieuses », puis enrayer la dépression lorsque la crise fut venue. Mais elle s'est traduite par une allocation mesurée des moyens juridiques et financiers permettant d'assumer la fonction de développement local assignée aux collectivités locales.

En définitive, ce contexte s'est révélé favorable au développement du partenariat public-privé au niveau local, au-delà de l'évolution générale des comportements administratifs. Largement dépourvues de moyens de contrainte puissants, les collectivités locales se sont rabattues sur des procédures négociées et incitatives pour réaliser leurs objectifs de développement. A cause de la relative faiblesse de leurs moyens financiers, elles ont largement fait appel, par voie contractuelle, aux ressources du secteur privé.

Le droit positif connaît depuis quelques années de profonds bouleversements qui conjuguent la décentralisation et le renouveau du libéralisme. La liberté accrue des collectivités locales ne s'exprime pas en termes de pouvoirs supplémentaires mais plutôt de fonctions nouvelles à remplir au service de la société locale en relation avec tous les intéressés. La proposition se vérifie dans l'interprétation renouvelée du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui reste la référence principale (première partie), comme dans les modes d'action qui en découlent au plan des relations avec les acteurs de la vie économique (deuxième partie) ou de la gestion des activités publiques (troisième partie).

Le cadre général de l'action locale en économie de marché

Malgré une forte tradition d'interventionnisme public, le système économique de la France est fondamentalement celui d'une économie de marché. Sur le plan juridique, le vieux principe de la liberté du commerce et de l'industrie, issu de la loi des 2 et 17 mars 1791, dite décret d'Allarde, a été érigé en principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations.

Le principe s'avère singulièrement plus restrictif pour les collectivités locales que pour l'État qui a abondamment utilisé l'arsenal législatif pour donner un fondement légal à ses multiples interventions. Mais la jurisprudence, relayée par quelques textes spéciaux, a su en faire une construction souple et évolutive qui ouvre aux collectivités locales de larges possibilités d'action.

— Depuis l'origine, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est interprété comme prohibant toute intervention d'une personne publique dans un domaine normalement ouvert à l'initiative privée, que ce soit pour se livrer directement à une activité commerciale ou pour prendre des mesures de nature à restreindre ou fausser le jeu de la libre concurrence entre les

entreprises privées. Mais la rigueur doctrinaire de cette analyse est très atténuée par le droit positif.

Tout d'abord, *une loi peut toujours déroger au principe dans un domaine où un intérêt général le justifie*. De fait, nombreuses sont les lois qui attachent un caractère d'intérêt public à une activité et autorisent sa prise en charge par une collectivité locale. Peu importe que l'activité soit obligatoire ou facultative, qu'elle conduise à un monopole (ce qui est très rare) ou s'exerce en concurrence avec le secteur privé. L'essentiel est qu'elle est *érigée en service public local, dérogeant au principe par la volonté du législateur*.

Mais la *jurisprudence* va plus loin en reconnaissant aux collectivités locales le droit de créer spontanément des services publics non prévus par une loi spéciale. Cette possibilité découle de la célèbre disposition de l'article L 121-26 du Code des communes, issue de la loi du 5 avril 1884, selon laquelle «*le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune*». Elle a été étendue par des formules identiques à toutes les catégories de collectivités. Depuis un siècle, le juge voit dans cette *notion d'affaires locales* une *habilitation générale donnée par la loi pour défendre l'intérêt public local*, qui s'analyse lui-même comme la satisfaction des besoins de la population locale.

Bien entendu, *cette liberté de prendre en charge une activité répondant à un besoin de la population et à l'ériger en service public n'est pas sans limites*. Jusqu'en 1982, elle était soumise à l'autorisation de l'autorité de tutelle ; depuis lors, elle relève de la libre appréciation de l'organe délibérant sous le contrôle du juge de la légalité. Elle ne doit pas altérer l'ordre légal des compétences en empiétant sur les compétences réservées à d'autres personnes publiques. Dans les domaines ouverts à l'initiative privée, elle doit être conciliée avec la liberté du commerce et de l'industrie. Mais depuis 1930, le juge opère une conciliation souple en estimant que le principe n'est pas violé dès lors que la satisfaction du besoin d'intérêt général n'est pas assurée en raison d'une carence, quantitative ou qualitative, de l'initiative privée.

Cette jurisprudence, abondante et nuancée, a de multiples mérites. Elle a accompagné l'expansion de l'interventionnisme local à l'époque contemporaine, tout en posant quelques garde-fous rarement dépassés. Elle apporte par là même une contribution notable à la modernisation de la société française. Sans doute s'agit-il d'un mécanisme d'ajustement à la marge. Les principaux services publics locaux (avec des exceptions notables) sont prévus et organisés par la loi. Mais la plupart tirent leur origine d'initiatives locales avant d'être généralisés et encadrés par le législateur. Le phénomène se renouvelle constamment car les collectivités locales sont plus sensibles que l'État à l'émergence de nouveaux besoins sociaux et réagissent plus rapidement pour les satisfaire.

Au fil du temps, la vieille notion d'affaires locales, subtilement articulée avec les compétences légales, a fourni la trame solide des politiques de développement local, nécessaires à un véritable renouveau de l'aménage-

ment du territoire. Sans forcer la réalité, *le développement local est devenu l'expression moderne des affaires locales* (le cas de la région est topique à cet égard) et le juge a su favoriser une évolution des politiques locales vers l'aménagement global de l'environnement local du secteur productif qui semble bien être la vocation propre des collectivités locales. Il est à peine besoin de souligner que le partenariat public-privé sort notablement renforcé de cette liberté d'adaptation aux besoins locaux tant il est vrai que les initiatives pour réussir doivent s'appuyer sur les réalités du terrain et la demande sociale.

Il serait donc regrettable de chercher à figer l'évolution naturelle d'un droit jurisprudentiel dans des formules rigides de droit écrit. Pour prévenir ce risque, il serait souhaitable que le *principe constitutionnel de libre administration* des collectivités locales apparaisse plus fortement comme le fondement ultime de solutions jusqu'à présent exclusivement tirées de la loi.

— Il est en principe *interdit aux collectivités locales de participer au capital d'une société commerciale* ou de tout autre organisme à but lucratif. Cette prohibition découlait logiquement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle est maintenant expressément formulée et aménagée par la loi du 2 mars 1982 (article 5 et 48).

Elle a pour effet de *prohiber tout partenariat organique* (au sein d'un organisme commun) entre les collectivités locales et les entreprises privées. Elle n'a pas d'équivalent de portée générale en ce qui concerne l'État qui a, au contraire, multiplié ces formules de collaboration avec des succès variables selon les cas.

La loi prévoit une *possibilité de dérogation*. En dehors des hypothèses régies par des lois spéciales (sociétés de développement régional, sociétés d'HLM, compagnie nationale du Rhône...), il y faut une autorisation donnée par décret en Conseil d'État. Cette autorisation est peu demandée et encore plus rarement donnée.

Il existe par contre une *participation légitime* mais dont la commercialité est réduite. C'est celle qui résulte de l'article L 381.1 du Code des communes auquel renvoie la loi de 1982. Elle ne peut s'opérer que dans les conditions prévues par la loi du 7 juillet 1983 relative aux *sociétés d'économie mixte locales*.

L'essentiel est que les SEM locales ont un champ d'intervention strictement défini. Elles ne peuvent être créées que pour remplir une mission qui entre dans le cadre des compétences qui sont reconnues par la loi aux collectivités locales. La formule est souple puisqu'elle englobe toute activité susceptible d'être prise en charge par une collectivité, y compris spontanément (*cf. supra*) et de faire l'objet d'une gestion déléguée (*cf. infra*). Mais, à quelques nuances près, ce champ se limite à la gestion de services public locaux à l'exclusion de toute activité purement commerciale. Le champ du partenariat en est réduit d'autant.

Il faut voir dans ces dispositions une règle d'ordre, finalement assez bien conçue, qui cantonne les collectivités locales dans l'exercice des fonctions qu'elles ont la vocation et les moyens de remplir sans les engager sur le terrain glissant de l'activité proprement économique avec les dangers qu'il comporte.

— *Le droit de la concurrence* est un aspect de la liberté du commerce et de l'industrie qui a connu un développement considérable avec la prise de conscience que le marché n'est pas un phénomène spontané et auto-entretenu mais exige un encadrement juridique pour son bon fonctionnement.

Le développement des activités marchandes des personnes publiques, même au nom de l'intérêt général et dans le cadre du service public, a souligné les insuffisances du vieux principe de non-concurrence. Il fait émerger un nouveau principe d'égalité de concurrence entre activités publiques et privées dont les contours se dessinent progressivement.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence en est l'aboutissement actuel en édictant dans son article 53 que « *les règles [qu'elle définit] s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Cette disposition sybilline suscite de nombreuses difficultés de mise en œuvre. Elle introduit en effet des règles d'inspiration radicalement différentes dans un domaine jusqu'alors régi par les solutions classiques du droit administratif et surtout, elle dépossède pour partie le juge administratif au profit du Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante relevant de la cour d'appel de Paris, donc du juge judiciaire.

Il semble admis que les personnes publiques qui produisent des biens et services pour les besoins propres de leurs services publics ne sont pas soumises, à ce titre, au droit de la concurrence dans la mesure où il n'y a pas mise sur le marché. Mais il est difficile d'étendre la solution aux relations entre personnes publiques différentes, alors même que de nombreuses règles (notamment fiscales) altèrent les conditions d'une égale concurrence avec des entreprises privées. Il y a là une difficulté difficile à surmonter en l'état. Pour autant, il n'est pas possible de faire abstraction d'une analyse comparative du coût des solutions en présence.

Dans un arrêt très controversé, le Tribunal des conflits s'est efforcé de limiter l'expansionnisme du droit de la concurrence porté par le juge judiciaire. Il a jugé que les mesures d'organisation du service public ainsi que l'acte juridique de dévolution du service public échappaient au contrôle du Conseil de la concurrence pour ne relever que du contrôle du juge administratif. Ce dernier, à son tour, a jugé implicitement qu'il n'était pas lié par les dispositions de l'ordonnance de 1986 (Tr. conflits, 6 juin 1989, SAEDE c. S.A. Lyonnaise des eaux et ville de Pamiers. Rec. Lebon 292, Cons. d'État, 23 juillet

1993, Cie générale des eaux, Rec. Lebon 225). En définitive, les activités de production, d'échanges et de services visées par l'ordonnance se limitent aux conditions de fonctionnement du service public. Mais la distinction est moins claire qu'il n'y paraît, car les contraintes d'organisation influent évidemment sur les conditions d'exécution.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes commence à peine à ébaucher la solution qui s'imposera sans doute tant en droit communautaire qu'en droit français, en identifiant les dérogations au droit de la concurrence qu'impliquent les principes fondamentaux du service public appliqués à une activité marchande.

En l'état, la notion communautaire de service économique d'intérêt général ne recouvre pas celle de «service public à la française» alors même qu'il n'est pas certain que le droit national de la concurrence régit les services administratifs au même titre que les services industriels et commerciaux. La volonté de favoriser la transparence et l'égalité de la concurrence débouche pour le moment sur des incertitudes génératrices de conflits et préjudiciables à une collaboration sereine et équilibrée.

L'action économique locale et les aides aux entreprises

— La politique nationale d'aménagement du territoire a très vite suscité et encouragé l'action complémentaire des collectivités locales sous forme notamment d'aides diverses aux entreprises contribuant à la réalisation de ses objectifs.

Cette pratique administrative a été reconnue par le juge administratif qui en a défini la qualification juridique (Cons. d'État, 26 juin 1974, Société La Maison des isolants-France Rec. Lebon p. 365). En l'espèce, une commune indique, dans un contrat passé avec une entreprise qui compte y transférer ses activités, les mesures qu'elle va prendre pour favoriser cette implantation. Selon le juge, le contrat est administratif car il a pour objet l'exécution même d'une mission de service public, à savoir le développement communal. Le cas est exemplaire dans sa banalité. Pour assurer son développement, la commune cherche à attirer des entreprises. Elle met en œuvre une panoplie de mesures incitatives, à l'exclusion de moyens coercitifs dont elle ne dispose pas. Le contrat conclut la négociation et formalise l'engagement souscrit en contrepartie par le partenaire industriel. Le fondement de l'opération réside dans la vocation générale de la collectivité à prendre en charge l'intérêt public local.

Cette forme d'interventionnisme local était strictement encadrée par l'État par le biais de la tutelle directe ou indirecte et orientée vers les objectifs de la politique nationale.

— La réforme décentralisatrice de 1982 émancipe les collectivités locales. La région érigée en collectivité de plein exercice acquiert une vocation générale qui débordé ses anciennes attributions spécifiques, le département est libéré

de son exécutif préfectoral, la commune échappe à la tutelle. *Le législateur est donc conduit à définir un cadre législatif d'intervention limité, pour l'essentiel, au secteur le plus sensible, celui des aides aux entreprises.* La substitution de la loi préétablie à la tutelle doit être considérée comme un progrès de la libre administration.

La loi institue un *service public administratif facultatif d'aide aux entreprises.* Les compétences reconnues aux collectivités locales sont facultatives (sans obligation de les exercer), concurrentielles (avec celles de l'État et des autres collectivités) et évolutives (car définies pour partie par la loi de Plan) (voir l'article 5 précité de la loi du 2 mars 1982). Elles restent, comme auparavant, de nature incitative sans pouvoirs de réglementation ou de police. La cohérence des actions est censée être assurée par le Plan de la nation et les plans régionaux élaborés selon une procédure de concertation renouvelée par la loi du 29 juillet 1982 mais dénués de tout caractère normatif.

Le *nouveau dispositif légal* (les lois précitées du 2 mars et du 29 juillet 1982 ainsi que la loi du 7 janvier 1982 approuvant le Plan intérimaire) vise clairement à articuler les politiques nationales et locales sur le mode de la coordination entre collectivités publiques et de la concertation avec les partenaires économiques et sociaux. *C'est le triomphe du partenariat institutionnalisé* avec le préjugé harmoniste qui le sous-tend.

La mise en œuvre effective repose sur deux techniques complémentaires. Au plan juridique, c'est le *foisonnement des procédures contractuelles* à tous les niveaux et dans tous les domaines. Au plan financier, c'est la *généralisation des financements croisés* pour toute action impliquant plusieurs intervenants. La pratique, n'a en effet, pas trouvé d'autres moyens de pallier la dispersion et la superposition des compétences qui doivent se conjuguer pour parvenir à une œuvre commune. Pour autant, elle ne parvient pas toujours à résorber les contradictions entre les politiques autonomes de chaque acteur, ni à endiguer la concurrence «sauvage» des collectivités cherchant à attirer des activités économiques sur leur territoire. Le tout fonctionne au prix d'une grande dépense d'énergie et d'un obscurcissement dans la répartition des compétences et des responsabilités.

— Il n'y aurait eu là que moindre mal si le *dispositif légal* n'avait été rapidement *frappé de caducité* et ne s'était effondré par pans entiers. Le phénomène était en partie inévitable eu égard à la complexité et aux imperfections techniques du système mis en place. Il a été aggravé par l'alternance politique et le retour au libéralisme économique qui conduit au démantèlement progressif de l'appareil interventionniste de l'État.

La mise en cohérence que devait assurer la planification s'efface progressivement. Le IX^e plan de la nation est le seul à être élaboré et conduit selon les prescriptions de la réforme. Le X^e plan n'est guère concerté et ne contient plus que des directives très générales. Le XI^e plan disparaît dans l'indifférence

générale sans même avoir été soumis à l'approbation parlementaire. Les régions renoncent pour la plupart très vite à un exercice qu'elles jugent stérile et se tournent vers l'élaboration des simples programmes sectoriels. Les *contrats de plan Etat-région* subsistent mais changent radicalement de signification : ils cessent d'être la résultante des deux niveaux de planification pour devenir l'instrument autonome d'une négociation où chaque partenaire s'efforce d'amener l'autre à soutenir ses priorités. Malgré les apparences, l'État n'est pas toujours gagnant car la nécessité financière le conduit à négocier sur l'exercice de ses compétences pour obtenir le concours de la région.

Un autre facteur de cohérence tenait au *rôle majeur qui était assigné à la région*. Le déclin de la planification sape les bases de cette primauté régionale par la perte de son caractère «englobant». L'autre levier prévu était le monopole reconnu à la région pour octroyer des aides directes aux entreprises (sous réserve de compléments départementaux ou communaux). Or le système de primes prévu et organisé par la loi s'est révélé rapidement obsolète (il n'avait guère changé depuis 1955), coûteux et peu efficace. La plupart des régions ont renoncé à le mettre en œuvre ou l'ont marginalisé au profit d'autres moyens d'action qu'elles utilisent en concurrence avec les autres collectivités.

Plus généralement, la caducité du dispositif national s'explique par son *ambiguïté fondamentale*. Il oscille entre une *logique décentralisatrice* qui inspire l'ensemble de la réforme (des compétences locales au service du développement local) et une *logique instrumentale* qui transparait souvent (des moyens locaux complémentaires au service d'objectifs assignés par l'État). Il ne parvient pas à se dégager de l'*héritage du passé* où la politique d'aménagement du territoire était l'affaire de l'État pour intégrer la dimension nouvelle de l'autonomie locale. C'est ainsi que la région reste perçue comme un relais intermédiaire alors qu'elle devient un centre de pouvoir politique. Une analyse détaillée de certaines formes d'intervention souligne la même ambiguïté, l'aide aux entreprises en difficulté, par exemple, où l'on demande, en fait, aux collectivités de soutenir des actions menées par les services de l'État.

Les *modifications ultérieures du dispositif initial* contribuent à aggraver la dérive. La région est pénalisée en 1987 par la disparition budgétaire de la part régionale de la prime d'aménagement du territoire. La commune perd en 1988 le droit d'accorder des aides aux entreprises en difficultés, qui était sa mission principale en 1982. En 1988, le régime des garanties d'emprunt accordé par une collectivité à une personne de droit privé est modifié de façon restrictive par l'instauration d'un triple plafonnement, sauf dans les secteurs privilégiés par l'État (ce qui montre bien qu'il s'agit moins de protéger la collectivité contre un risque financier que d'orienter son action vers des priorités étatiques). En 1992, les collectivités sont invitées à subventionner certaines salles de cinéma, en lieu et place d'un ministère de la culture impécunieux...

— Au-delà de ses déficiences internes, *l'aménagement légal des compétences locales s'est disloqué*, sans disparaître de l'ordre juridique, pour des raisons structurelles à la fois politiques et juridiques.

Au plan politique, *il a été pris en tenailles par deux mouvements opposés*. Tout d'abord, *les collectivités locales ont refusé massivement l'encadrement national* qui leur était proposé. Elles ont refusé les rôles qui leur étaient implicitement assignés : pour les communes, abonder les aides aux entreprises en difficultés dans le cadre d'opérations menées par l'État ; pour les régions, relayer un dispositif étatique dans le secteur des PME-PMI. Elles ont cherché les voies et moyens d'une politique plus autonome dans le cadre des aides indirectes, peu ou pas réglementées. Toutes les collectivités ont aussi refusé l'idée même d'une spécialisation par niveau territorial. Le phénomène le plus spectaculaire est ici le refus du département d'être tenu à l'écart de l'action économique et sa volonté d'affirmer sa présence en jouant de sa situation intermédiaire entre la commune et la région et de ses moyens notamment financiers. La commune s'est imposée comme l'échelon de proximité incontournable. La région a habilement joué de sa liberté d'action pour développer sa capacité de négociation et d'expertise au service de politiques publiques innovantes.

L'État s'est trouvé désarmé face à cette fronde. Juridiquement, il ne peut entraver la liberté des choix locaux dès lors qu'ils s'expriment en toute légalité. L'effacement progressif de la politique nationale d'aménagement du territoire traduit le renoncement à jouer un rôle dirigeant dans la concertation organisée. De toute façon, l'évolution vers le libéralisme économique prive l'État de ses principaux moyens d'action sur les entreprises en démantelant l'arsenal interventionniste au moment même où la décentralisation limite son emprise sur les collectivités locales (la banalisation du crédit en supprimant le lien entre subvention et prêt à des conditions privilégiées est à cet égard un changement décisif). Enfin la capacité d'incitation (aides budgétaires et fiscales) est érodée par les difficultés budgétaires.

Le rapport de forces entre l'État et les collectivités locales a également été affecté par la montée en puissance de la politique régionale de la Communauté Européenne. L'État a été amoindri par l'encadrement de ses propres compétences (réglementation communautaire des aides nationales par zone géographique) et par la concurrence de fonds structurels de mieux en mieux dotés. Les collectivités locales ont été confortées par les mécanismes de financement des projets d'initiative locale. L'État s'efforce de conserver le monopole des relations entre la Communauté et les échelons locaux mais son rôle d'intermédiaire officiel s'effrite devant l'établissement de relations directes qu'impliquent les principes de la politique régionale communautaire (concertation, additionalité...).

Dans sa *formulation juridique*, l'aménagement légal des compétences est miné par une contradiction fondamentale.

L'action économique locale est l'expression d'une *volonté de développement local fondée principalement sur la vocation générale des collectivités locales*. La jurisprudence fondatrice puis les lois de décentralisation l'ont confirmé en intégrant la finalité de développement dans la vieille notion d'affaires locales (cf. *supra*). Et c'est bien ainsi que l'entendent les autorités locales qui mobilisent à cette fin l'ensemble de leurs compétences.

Mais, simultanément, la législation a fait de l'aide aux entreprises l'objet d'*attributions strictement réglementées*. Or, après une longue période de latence, le juge administratif s'est engagé récemment dans la voie d'une interprétation pointilleuse de la loi de 1982, en annulant les mesures d'aides qui ne se conforment pas exactement aux dispositions spécifiques qui les régissent. De plus, le Conseil d'État a jugé que l'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 approuvant le plan intérimaire 1982-1983 avait une validité permanente et non limitée à la durée du plan. Il en résulte le maintien en vigueur de la réglementation édictée sur ce fondement (Cons. d'État, 17 janvier 1994, préfet du département des Alpes-de Haute-Provence, RFDA 1994.900, note Douence).

Le contraste entre des pratiques locales qui avaient débordé les limites légales pour s'adapter à l'évolution de la vie économique et une jurisprudence qui rappelle l'obligation de respecter strictement des dispositions devenues pour la plupart obsolètes crée une situation délicate dont on ne voit guère l'issue sans une nouvelle intervention du législateur, peu probable à court terme.

L'interventionnisme économique demeure peu réceptif au droit, voire franchement allergique. Mais il ne suffit pas de dénoncer la volonté des autorités politiques et administratives de conserver les coudées franches. Il faut aussi s'interroger sur la valeur d'un ensemble normatif qui pêche tantôt par excès d'ambition irréaliste tantôt par une vision passéiste et rigide des modes d'action à utiliser.

— La loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, dite loi Pasqua, donnera-t-elle enfin le cadre juridique nécessaire à une politique efficace ?

Son article 1^{er} énonce clairement les principes qui l'animent. La politique d'aménagement et de développement du territoire est un objectif d'intérêt général dont les composantes sont nettement indiquées. Elle est déterminée au niveau national par l'État, ce qui marque bien le « retour de l'État » après des années de négligence. Mais le principe de partenariat est affirmé puisqu'elle est conduite en association avec les collectivités locales et avec la participation des personnes privées grâce à des incitations adéquates.

Il faut toutefois observer que, sur bien des points, la loi d'orientation se borne à annoncer un programme qui devra être mis en œuvre par des lois ultérieures. Comme il se heurtera aux obstacles précédemment décrits, il faudra que la volonté politique persiste au-delà de la présence dans le

gouvernement du promoteur de la loi. Sur ce point, le projet de budget 1996 préfigure les difficultés à venir.

En l'état, la loi se consacre essentiellement à *restructurer et renforcer les moyens d'action de l'État*. Le chapitre intitulé «du développement local» ne contient en réalité que quelques dispositions dispersées de nature institutionnelle relatives aux collectivités locales. Le dispositif des aides locales mis en place en 1982 n'est absolument pas retouché. Seules les aides fiscales locales sont quelque peu remaniées.

La loi crée un Conseil national d'aménagement et de développement du territoire, qui prend la suite d'organismes préexistants plus ou moins tombés en sommeil, avec une composition élargie (moitié d'élus nationaux et locaux) et un rôle consultatif confirmé.

La loi prévoit un schéma national qui fixe les orientations fondamentales et qui se démultiplie en schémas sectoriels (enseignement supérieur et recherche, communications, organisation sanitaire) et schémas régionaux. Cette structure systématise les expériences de programmation spatiale déjà menées. Elle présente bien des analogies avec le système de planification conçu en 1982 et si rapidement effrité. En particulier, elle décentralise le schéma régional, qui est élaboré et approuvé par le conseil régional après une large concertation.

Les directives territoriales d'aménagement sont la principale innovation de la loi. Ce sont, en réalité, des documents d'urbanisme édictés par l'État après concertation et dotés d'une force obligatoire vis-à-vis des documents locaux, notamment les POS (plans d'occupation des sols) grâce à un lien de compatibilité. Leur insertion dans le droit de l'urbanisme soulève d'ailleurs de multiples problèmes juridiques.

Pour le reste, l'action territoriale de l'État se ramène à une procédure censée concilier pour l'implantation des services publics l'objectif d'égal accès de tous les usagers et les exigences d'efficacité et de rentabilité qui s'imposent aux gestionnaires. La réorganisation en cours du secteur hospitalier sous la pression du déficit de la sécurité sociale permettra de tester la portée de cette procédure. Les instruments financiers de l'État sont regroupés en un unique fonds national. Enfin la loi systématise des pratiques déjà engagées en définissant des zones prioritaires (soit de revitalisation rurale, soit de redynamisation urbaine) qui devront bénéficier de politiques renforcées et différenciées, grâce notamment à quelques incitations nouvelles.

Le volet concernant *l'action territoriale de l'administration d'État* est désormais circonscrit pour l'essentiel à condition de ne pas devenir lettre morte comme bien des textes antérieurs que l'on n'a même pas songé à abroger.

Par contre l'État législateur a encore tout à faire ou presque pour définir les conditions qui permettront à *l'action locale* de s'associer effectivement à la réalisation des objectifs de la nouvelle politique. Les principaux points à inscrire à l'agenda sont faciles à discerner.

Il faut *réduire les écarts de ressources entre collectivités territoriales*, ce qui passe par l'adoption de mécanismes cohérents et efficaces de péréquation des ressources, sans faire l'économie d'une refonte de la fiscalité locale.

Il faut *favoriser l'émergence de territoires locaux pertinents* pour l'action économique, ce qui passe par une réforme des structures territoriales et de la coopération intercommunale. On n'y parviendra probablement pas sans remettre en cause des tabous paralysants comme la libre volonté des communes en matière de coopération.

Il faut *redéfinir les cadres juridiques de l'intervention locale* dans une économie de marché, en réduisant la part des réglementations détaillées vouées à devenir tatillonnes et obsolètes au profit de régulations globales limitant ou couvrant le risque financier pris par les collectivités (ratios, provisions, garanties...).

Il faut, enfin, *articuler les rôles respectifs des différents acteurs* pour limiter l'anarchie actuelle. Pour limiter l'intervention directe de l'État dans le champ local sans nuire à la cohérence globale, le dogme incertain de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité sur une autre doit être abandonné au profit d'une hiérarchisation des actions qui devrait être globalement favorable à la région.

La recherche de l'efficacité des politiques publiques rend la tâche urgente. On ne peut en effet ignorer que les collectivités locales maîtrisent l'utilisation des sols par les documents d'urbanisme, réalisent les trois quarts des équipements publics et sont responsables des principaux services publics nécessaires à la vie sociale.

La gestion des services publics locaux

La question du mode de gestion est un chapitre important de la théorie du service public. Dès le début du siècle, un trait caractéristique du «service public à la française» est la part détenue par la gestion dite indirecte ou déléguée par les collectivités publiques à des partenaires privés. Les solutions dégagées pour répondre à l'expansion considérable des activités érigées en services publics dans le champ économique et social sont actuellement affectées par un mouvement législatif visant à moraliser et rendre transparentes des pratiques de partenariat dont le principe même n'est pas remis en cause.

La question se pose en termes relativement simples. Un service public, créé dans l'intérêt général, relève toujours d'une collectivité publique (État ou collectivité locale) qui en assume la responsabilité vis-à-vis de ses membres et qui détient les moyens d'organisation, de direction et de contrôle nécessaires au respect de sa finalité. Mais la gestion proprement dite du service peut être assurée directement par la collectivité, maître du service (gestion en régie directe) ou être confiée à un organisme doté d'une personnalité juridique distincte (gestion déléguée).

Si la gestion est déléguée, la question se dédouble. A qui est-elle confiée ? Entre toutes les personnes susceptibles de bénéficier d'une délégation, le clivage principal oppose les personnes de droit public (établissements publics) et les personnes de droit privé de toute nature. Comment s'opère la délégation ? Il y faut toujours un acte d'habilitation régi par le droit public mais cet acte peut, en première analyse, être unilatéral (loi ou décision administrative) ou contractuel.

— *Le champ ouvert à la gestion déléguée, au sens large, pose un premier problème juridique. Tous les services publics ne sont pas susceptibles d'être délégués. Les solutions actuelles sont encore trop imprécises et appellent des clarifications.*

L'interdiction de recourir à la gestion déléguée pour un service public peut résulter des dispositions législatives régissant ce service. Une solution expresse est rare ; le plus souvent, elle se déduit de l'aménagement légal des compétences, assorti ou non de dérogations (cas de la voirie routière par ex.).

A défaut de texte, le juge administratif se réfère à la *nature de l'activité* qui exclut toute possibilité de délégation. Le cas classique de l'exercice des pouvoirs de police suggère qu'il s'agit de missions essentielles mettant en œuvre des prérogatives de nature régaliennne. Mais le recours à la notion de nature est l'aveu d'une incapacité à donner une définition opératoire et certaines indications suscitent quelque trouble (selon un avis du Conseil d'État de 1986, la surveillance des enfants dans une cantine scolaire ne pourrait relever que d'un personnel municipal).

Une clarification est donc souhaitable en pratique. En droit, elle est rendue nécessaire par le *nouveau code pénal* entré en vigueur le 1er mars 1994. La réforme introduit le principe nouveau de la responsabilité pénale des personnes morales et l'article 121.2 l'étend aux personnes morales de droit public que sont les collectivités locales et leurs groupements, mais uniquement pour les infractions commises dans le cadre d'activités qui peuvent faire l'objet d'une convention de délégation de service public.

Outre les problèmes de fond que soulève l'application du texte, le critère retenu paraît discutable par la discrimination qu'il introduit entre les personnes publiques et au sein de leurs activités. La critique majeure porte sur la *compétence ainsi reconnue au juge pénal, par dérogation manifeste au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*. Les deux ordres de juridiction pourront avoir une conception différente de la convention de délégation sans possibilité de résoudre le conflit et ce n'est pas une hypothèse d'école.

— *Le principe du libre choix du mode de gestion par le maître du service s'est imposé peu à peu sans être jamais affirmé comme tel.*

Le point de départ est ici aussi l'interprétation des dispositions législatives propres à un service public déterminé. Nombreux, en effet, sont les textes qui

ouvrent le choix entre deux ou plusieurs modes de gestion, voire laissent toute liberté de choix à l'autorité locale. Mais la méthode n'est pas généralisable dans le silence de la loi ou surtout en l'absence de loi spécifique (créés spontanément par la collectivité locale en vertu de sa vocation générale).

L'analyse s'est peu à peu inversée. *La liberté est devenue la règle* fondée sur les «pouvoirs généraux» dont dispose la collectivité pour organiser ses services et régler ses affaires. *Les restrictions imposées par la loi sont devenues des exceptions*, qui vont d'ailleurs en décroissant. L'affirmation du principe de libre administration sous-tend l'évolution.

Une jurisprudence du début du siècle obligeait les collectivités à concéder les «services industriels» qu'elles étaient censées ne pas savoir gérer directement ; mais les décrets-lois de 1926 ont ouvert aux communes la possibilité alternative de créer des régies organisées à cette fin. L'évolution inverse a été plus feutrée pour les services publics administratifs où prévalait la régie directe jusqu'à ce que les possibilités légales de délégation se multiplient. En fin de compte, un avis du Conseil d'État de 1986 a reconnu qu'il n'y avait plus lieu de distinguer entre les services publics selon qu'ils étaient administratifs ou industriels et commerciaux, tous étant également susceptibles de délégation.

Mais la liberté de choix des autorités locales n'a été véritablement affirmée qu'avec la suppression de la tutelle en 1982. Jusque-là la nécessité d'une approbation préalable combinée avec l'existence d'actes types organisant le service soumettait la décision locale à la volonté discrétionnaire de l'autorité de tutelle. Ce système de codécision a brutalement disparu avec la loi du 2 mars 1982. Les actes types ne sont plus que des modèles que les autorités locales sont libres de suivre ou non, s'ils leur conviennent, et le choix n'est soumis qu'au contrôle de légalité ordinaire et ne pourrait être censuré qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

La délégation contractuelle a connu un essor spectaculaire. La liberté de recourir au procédé contractuel a été prolongée par la liberté de négocier la nature et les clauses du contrat. Jusqu'alors, les contrats confiant à un tiers l'exécution d'une mission de service public étaient enserrés dans un certain nombre de catégories traditionnelles ou régies par des contrats types (concession, affermage, gérance, régie intéressée notamment) et il était difficile de sortir des cadres préétablis. D'un seul coup, les collectivités locales ont bénéficié d'une véritable liberté contractuelle dans le seul cadre de la loi. Il en est résulté un éclatement des catégories classiques et l'apparition d'une multitude de contrats innommés, taillés sur mesure pour répondre à une situation spécifique. La pratique imagine même des montages contractuels complexes qui échappent à toute systématisation.

Si la liberté contractuelle a favorisé dans un premier temps le partenariat avec le secteur privé qui s'est rapidement adapté à la nouvelle règle du jeu, elle a sans doute constitué, indirectement et par contrecoup, un stimulant pour la *modernisation de la gestion publique*.

La *gestion en régie directe* tire profit de l'ensemble des mesures de modernisation de l'administration locale : création de la fonction publique territoriale, développement de la coopération intercommunale, réformes de la comptabilité publique, rétablissement de la liberté tarifaire des services locaux... Un temps décriée, elle y puise une nouvelle vigueur. La loi du 6 février 1992 s'efforce même d'y promouvoir la participation des usagers.

La *création d'un établissement public* spécialisé est le procédé d'élection de la *dévolution statutaire du service public local*. L'engouement des collectivités locales pour la solution alternative de la délégation contractuelle a obligé le législateur à moderniser les statuts des principaux établissements publics locaux pour les rendre plus attractifs. Les réformes visent à la fois à moderniser la gestion technique et à revaloriser le rattachement à une collectivité locale conformément aux principes décentralisateurs. Les nouveaux statuts élargissent les possibilités de partenariat dans un cadre de droit public.

Un handicap subsiste. La Constitution réserve à la loi la création d'une catégorie d'établissements publics : une collectivité locale ne peut donc recourir au procédé que s'il existe une catégorie prévue par la loi. Mais les textes de 1992 et 1993 ont fait des régies statutaires, personnalisées ou non, des institutions polyvalentes susceptibles de gérer n'importe quel service qui n'est pas réservé à une catégorie spécifique d'établissements.

Par petites touches, la législation est donc parvenue à instaurer les conditions d'une liberté de choix entre les divers modes de gestion. Sous réserve de certaines restrictions, volontaires ou non, et de distorsions importantes dans les régimes applicables, la *concurrence entre les divers modes de gestion devient progressivement la norme*.

— *Les sociétés d'économie mixte locales* méritent une mention particulière car elles se trouvent au carrefour de tous les problèmes de gestion partenariale. Reconnues en 1926, elles tiennent leur premier statut général de la loi du 7 juillet 1983 qui en fait à la fois des institutions de droit privé et des instruments d'action des collectivités.

Les règles de création, d'organisation et de fonctionnement sont en principe celles des sociétés anonymes. Mais l'objet social doit s'inscrire dans le cadre des compétences locales (*cf. supra*), les collectivités locales détiennent de 50 % à 80 % du capital social et la majorité des voix dans les organes dirigeants ainsi qu'un mode de représentation dérogatoire au droit commun, les missions à remplir sont conférées par des contrats (de droit public) avec les collectivités. Ces dernières disposent ainsi d'un instrument souple et polyvalent dont elles conservent la maîtrise.

Le partenariat fonctionnel commun à tous les procédés de délégation contractuelle se double d'un partenariat organique lié à la présence d'au moins un actionnaire privé (nécessairement minoritaire). L'expérience montre que ce partenariat s'articule autour de deux modèles dominants et oppo-

sés. La collectivité locale peut s'associer avec des «partenaires dormants» qui lui laissent la responsabilité de la gestion. Elle peut aussi faire appel à un partenaire qui lui apporte les moyens financiers et l'expertise technique dont elle a besoin (en pratique le groupe de la Caisse des dépôts et consignations) au prix d'une inévitable perte d'autonomie. Rares sont les cas d'association avec de véritables partenaires privés.

La pratique a justifié l'engouement initial pour le procédé mais a conduit aussi à quelques dérives. Les réformes législatives renforcent les contrôles spécifiques sur l'activité des SEM et leur imposent des règles de fonctionnement dérivées du droit public (passation des principaux marchés selon des règles analogues à celles du Code des marchés publics). L'alourdissement de la gestion qui en résulte souligne l'ambiguïté de l'assimilation initiale avec une gestion privée et il risque de priver la SEM de la souplesse qui constitue son principal atout.

Par ailleurs, la jurisprudence récente pose un problème qui n'avait pas été aperçu au départ et qui n'est donc pas traité par la loi en tant que tel. La collectivité locale actionnaire est-elle vraiment un actionnaire comme les autres ? Son statut de droit public lui permet-il d'utiliser dans ses relations avec la SEM tous les procédés ouverts aux actionnaires par le droit des sociétés ? Il y a là un problème complexe qui n'appelle pas de solutions univoques. En attendant des clarifications jurisprudentielles, le seul point acquis est que les actes de l'actionnaire public (souscription à une augmentation de capital, ouverture d'un compte courant d'associé...) relèvent du contrôle du juge administratif qui n'a pas les mêmes critères d'appréciation que le juge commercial (voir par ex. l'arrêt préfet des Alpes-de-Haute-Provence, précité).

— Les SEM ne sont pas les seules à avoir connu quelques dérives. La multiplication des «affaires» politico-pénales a poussé les pouvoirs publics à s'engager dans une vaste entreprise de normalisation de la vie politique. C'est dans ce contexte que s'inscrit la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Un chapitre important de cette loi est consacré aux *contrats de délégation de service public*, auxquels la loi du 6 février 1992 avait déjà donné leur nom et quelques règles mineures. Le paradoxe est que, malgré ses origines conjoncturelles, la loi de 1993 prend place dans une évolution à long terme vers une mise en concurrence des divers modes de gestion du service public ouverts au choix des collectivités publiques.

L'objet essentiel de la loi est de soumettre la passation des contrats de délégation de service public «à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes». Techniquement, la procédure s'inspire des règles en vigueur pour la passation des marchés publics sur appel d'offres restreint. Mais elle en diffère sur un point essentiel : l'autorité

délégante conserve l'entière liberté de négocier les offres présentées et de choisir le délégataire. Le législateur n'a pas voulu soumettre des contrats traditionnellement marqués par le principe d'*intuitu personae* à une mise en concurrence imposant le choix de la meilleure offre.

Les autres *dispositions* ont surtout un caractère *complémentaire*. Elles touchent peu au contenu même du contrat si ce n'est pour le cantonner à son objet propre et exiger une clause fixant la durée en fonction des prestations demandées, sous réserve de possibilités restreintes de prolongation. Elles s'attardent davantage sur les règles de transparence qui accompagnent la conclusion et l'exécution du contrat. Elles renforcent surtout les contrôles, le plus souvent en généralisant les règles applicables aux marchés publics (mission interministérielle d'enquête, référé précontractuel, déféré préfectoral).

La réforme n'est pas sans mérites. Elle fait progresser l'État de droit là où existaient quelques défaillances. Elle ouvre la gestion déléguée aux bienfaits de la concurrence (abaissement des coûts, rationalisation de la gestion...). Elle ouvre la voie à une analyse comparative des différents modes de gestion au plan économique et financier. Elle incite à éliminer les nombreuses distorsions, notamment fiscales, qui altèrent la rationalité des choix, ainsi que les obstacles au changement de mode de gestion.

Mais elle souffre d'une tare congénitale. La législation a créé une nouvelle catégorie de contrats administratifs qui soumet à un certain nombre de règles communes un ensemble disparate de contrats préexistants. Une première difficulté tient à ce que le champ d'application de la notion varie selon les dispositions applicables (elle diffère pour la procédure de passation du contrat ou pour le contrôle du juge financier par exemple) et les modifications successives (cinq en deux ans) ont compliqué le dispositif initial. Le problème essentiel est que le législateur ne donne *aucune définition de la nouvelle notion de contrat de délégation de service public*.

Or, tous les termes posent problème, notamment celui de délégation, utilisé en l'espèce en dehors de sa signification classique. Les interprétations hésitent entre une vision conservatrice qui fait du contrat le simple prolongement de la concession de service public industriel et commercial et une analyse logique qui l'étend à tous les contrats qui confient à un tiers l'exécution d'une mission de service public quelconque sous l'autorité d'une personne publique. L'interprétation large devrait s'imposer non sans bousculer les pratiques. La loi devrait s'appliquer aux associations gestionnaires de service public avec les perturbations que l'on devine mais en va-t-il de même pour les concours qu'une personne publique (notamment l'État et ses services techniques) apporte par contrat à une autre ?

Reste une dernière difficulté, l'articulation avec le régime légal de certains contrats. L'enjeu essentiel concerne les contrats où l'exploitant du service est rémunéré par un prix versé par la collectivité (et non par les redevances

payées par les usagers). Ces contrats sont des marchés publics au sens du Code des marchés et des contrats de délégation de service public au sens de la loi de 1993. Le régime juridique diffère sur bien des points (par ex. la procédure de passation) mais la qualification à retenir reste incertaine alors qu'elle est décisive.

La réponse de la doctrine juridique est qu'il suffit d'analyser les données théoriques du problème en attendant que le juge tranche avec autorité de la chose jugée. Mais est-ce une bonne réponse face aux interrogations de la pratique administrative qui ne peut s'offrir le luxe de l'attente ou de l'erreur ? Est-ce de bonne méthode législative que de lancer une profonde révolution juridique sans se préoccuper d'en délimiter la portée autrement que par des ajustements circonstanciels à posteriori ?

L'évolution vers la mise en concurrence des divers modes de gestion semble irréversible. Mais elle risque d'être cahotique si tous les efforts ne se portent pas maintenant sur une clarification de l'ordre juridique.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

La bibliographie est immense. Seules sont citées quelques études récentes qui contiennent des références.

NÉMERY J.C. dir. *Le renouveau de l'aménagement du territoire en France et en Europe*. Economica 1994.

MADIOT Y. - *L'aménagement du territoire et le droit* - RFDA 1994-890.

Le service public et la construction communautaire. Dossier RFDA 1995 - 29 et 449.

La loi du 29 janvier 1993... Dossier RFDA 1993-902 et 1070.