

LES DIFFÉRENTES FORMES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ EN FRANCE

ETIENNE DOUAT*

Les collectivités locales doivent concourir à la satisfaction de l'intérêt général. Pour cela, elles exercent un pouvoir de police et gèrent des services publics. Les services publics locaux peuvent être soit administratifs, soit industriels ou commerciaux. Le législateur est compétent pour qualifier les services publics. En l'absence d'une solution claire fixée par la loi, le juge administratif a fixé les règles permettant de distinguer les services publics administratifs (SPA) des services publics industriels ou commerciaux (SPIC). La méthode utilisée est celle du faisceau d'indices qui date de l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques¹. Trois critères sont utilisés cumulativement par le juge :

1^{er} critère : le fonctionnement du service. Si le service fonctionne comme une entreprise privée, il sera qualifié de SPIC, sinon, il sera administratif. C'est le critère le plus ancien.

2^e critère : l'objet du service. S'agit-il d'une activité analogue à celle des particuliers ou au contraire d'une activité administrative ? Dans le premier cas, il s'agira d'un SPIC, dans le second, d'un SPA.

3^e critère : l'origine des ressources. Si le service est financé par des redevances ayant le caractère de paiement d'un prix, le service sera un SPIC. Si le service est financé par des impôts et taxes, il sera présumé administratif. Ce raisonnement joue un rôle déterminant car la nature du service aura des conséquences sur la compétence du juge, les services publics administratifs relevant du juge administratif et les services publics industriels ou commerciaux relevant du juge judiciaire depuis 1921. Les qualifications opérées par le pouvoir réglementaire peuvent parfaitement être remises en cause par le juge administratif qui est seul compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs².

* Professeur agrégé de droit public à l'université de Rennes I (Laboratoire de droit public).

1. *Rec CE* p. 434, S. 1957.38, concl. Laurent, D. 1956.759, JCP 1957 II 9968, note Blavier, AJ 1956 II.489, chron. Fournier et Braibant.

2. Voir par exemple, TC 24 juin 1968, Société distilleries bretonnes, *Rec CE* p. 801.

Les services publics locaux peuvent être gérés³ directement par les collectivités locales ou au contraire confiés unilatéralement à une personne privée. Entre ces deux solutions extrêmes, il existe un dégradé de solutions de plus en plus publiques ou privées selon l'orientation choisie. Nous partirons des modes de gestion relevant du droit public pour progresser vers ceux qui relèvent du droit privé.

Tableau 1 :
Répartition des services publics locaux par nature

SERVICES PUBLICS LOCAUX	
ADMINISTRATIFS	INDUSTRIELS OU COMMERCIAUX
Cantines scolaires	Eau
Pompes funèbres	Assainissement
Crèches	Electricité
Haltes-garderies	Gaz
Centres-aérés	Ordures ménagères ⁵
Ponts à péage	Transports urbains
Ordures ménagères ⁴	Remontées mécaniques
Transports scolaires	Chauffage urbain
Piscines municipales	Office de tourisme (Loi)
Equipements sportifs	Parcs de stationnement
Installations aéroports	Ports de plaisance
Théâtres	Abattoirs publics (Loi)
	Centres de congrès
	Halles, foires et marchés
	Stationnement payant en ouvrage
	Gestion plan d'eau

Le service public géré en régie

Dans la plupart des cas, les services publics locaux sont gérés en régie c'est-à-dire par la collectivité locale elle-même. Les opérateurs privés n'ont pas à intervenir et les règles de la comptabilité publique doivent être appli-

3. Voir J.C. Douence, *La gestion du service public*, in : J. Moreau, *Droit public, Economica*, 3ème éd. 1995, Tome 2, p. 943.

4. A condition que le service soit financé par la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, voir TC 28 mai 1979, SCAAN de Cergy-Pontoise, Rec CE p. 658.

5. A condition que le service soit financé par des redevances pour service rendu, voir CE 20 janvier 1988, SCI La Colline, Rec. CE p. 21, RFD adm. 1988.880, concl. de la Verpillière, AJDA 1988.407, note J.B. Auby ; CE avis du 10 avril 1992, SARL Hoffmiller, AJDA 1992.687, obs. X.Prétot.

quées. Ce choix permet aux collectivités locales de maîtriser le fonctionnement du service public. On distingue deux formes de régies⁶ : la régie directe et la régie dotée de l'autonomie financière.

La régie directe

Le service ne se distingue pas de la collectivité locale car c'est elle qui assure la gestion du service public. Le service n'est doté ni de la personnalité morale ni de l'autonomie financière. Ce mode de gestion est donc réservé aux services publics administratifs. Par exemple, un service public de cantines scolaires sera en général géré en régie directe, la commune prenant en charge la totalité des opérations sous sa responsabilité. Environ 60% des cantines scolaires sont gérées en régie directe.

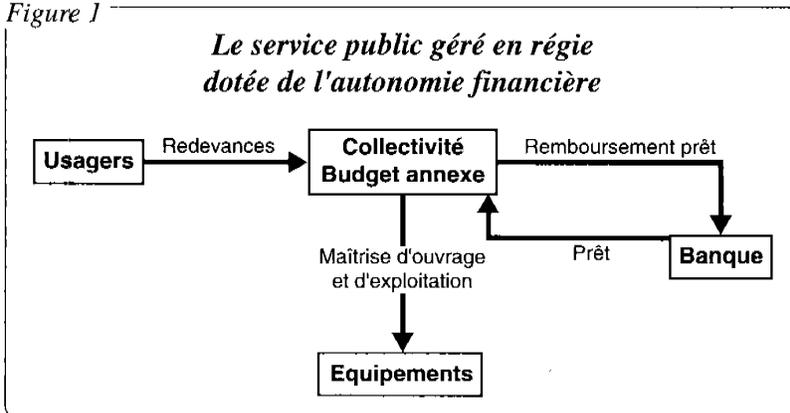
La régie dotée de l'autonomie financière

A la différence de la formule précédente, le service public local est doté d'un budget annexe. Ce cadre permet aux services publics industriels ou commerciaux de bénéficier d'un budget annexe et d'organismes de gestion propre. On retrouve au niveau local la technique du budget annexe qui a été inventée pour l'Etat. Certes, le service n'est pas doté de la personnalité morale⁷ et tout dépend de la volonté de la commune (compétence du conseil municipal pour créer la régie, arrêter son règlement intérieur, et prendre toutes les décisions importantes). Toutefois, la formule présente l'avantage réel de donner au directeur et au conseil d'exploitation une compétence pour gérer le service. Le directeur prépare le budget annexe de la régie, mais doit obligatoirement déposer ses fonds au Trésor. Les fonctions d'agent comptable sont normalement exercées par le comptable de la commune, sauf si les recettes annuelles d'exploitation excèdent 500 000 francs. Cette formule est utilisée par exemple pour les services de l'eau et de l'assainissement, les redevances perçues sur les usagers finançant le budget annexe. Selon l'article L.322-5 du Code des communes, le budget annexe doit être équilibré. Cet équilibre doit être respecté strictement, mais depuis la loi du 5 janvier 1988 et le décret du 6 mai 1988, des exceptions ont permis de déroger à cette règle. Ces dérogations obéissent à des conditions fixées limitativement par la loi. La loi du 29 janvier 1993, dite loi anti-corruption, a donné à la formule des régies un nouvel avenir car cette catégorie juridique permet d'éviter les risques de corruption.

6. Sur l'ensemble de la question, voir J. VIGUIER, *Recherches sur la notion de régie en droit public français*, Thèse Toulouse 1989, *les régies des collectivités locales*, Economica, 1992.

7. CE 20 juin 1958, *Régie municipale du gaz et de l'électricité de la ville de Bordeaux c/ ville de Bordeaux et baillou*, RPD adm. 1958,297.

Figure 1



Source : Crédit local de France

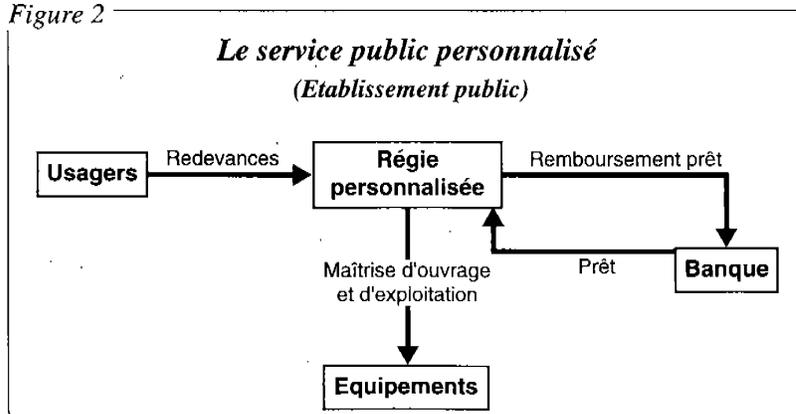
Le service public personnalisé

A partir du moment où le service public est doté de la personnalité morale, il devient un sujet de droit autonome. On parle alors d'établissement public spécialisé dans un domaine correspondant à la gestion du service. Tout établissement public doit être obligatoirement rattaché à une personne publique territoriale. Ainsi, pour les établissements publics locaux, ils doivent être rattachés aux régions, départements ou communes. L'exemple le plus clair concerne les établissements publics d'enseignement : les écoles primaires sont rattachées aux communes, les collèges aux départements et les lycées à la région. Pour les CCAS, le maire est président du conseil d'administration depuis la loi du 6 janvier 1986. C'est là un exemple de liaison entre la collectivité et l'établissement public rattaché. Par ailleurs, les établissements publics sont tous dotés de l'autonomie financière ainsi que d'un budget propre, distinct de celui de la collectivité locale et voté par le conseil d'administration de l'établissement. A la différence des règles juridiques de la régie (directe ou dotée de l'autonomie financière), la formule de l'établissement public local permet au directeur d'être ordonnateur, ce qui est une marque d'indépendance vis-à-vis de l'exécutif local (maire). Le conseil d'administration est désigné par l'organe délibérant. Il a pour principale compétence de fixer le niveau des redevances dues par les usagers. L'agent comptable peut être soit un comptable direct du Trésor, soit un comptable spécial nommé par le préfet sur proposition du conseil d'administration après avis du trésorier-payeur général. La formule de l'établissement public local est la marque d'une plus grande autonomie pour gérer le service public. C'est pourquoi, les établissements publics locaux peuvent recourir à l'emprunt. La principale

limite juridique de l'établissement public est celle de la spécialité. Un établissement public ne doit pas agir en dehors du domaine pour lequel il a été créé. Il s'agit d'une limite ressemblant à celle de l'objet social en droit des sociétés. Inversement, tout établissement public peut avoir un domaine public⁸, exercer des prérogatives de puissance publique, en raison de la nature publique de sa personnalité. De plus, les voies d'exécution du droit privé ne peuvent être exercées à l'encontre des établissements publics⁹.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, les régies dont parle l'article L. 323-9 du Code des communes sont des établissements publics.

Figure 2



Source : Crédit local de France

8. CE 21 mars 1984, *Mansuy*, Rec CE p. 616, RFD adm. 1984.54, D. 1984, note F. Moderne.

9. Cass. com. 9 juillet 1951 et Cass. civ. 1ère, 21 déc. 1987, B.R.G.M., Bull. civ. I, n° 348, p. 249, RFD adm. 1988.771, concl. Charbonnier, note B. Pacteau.

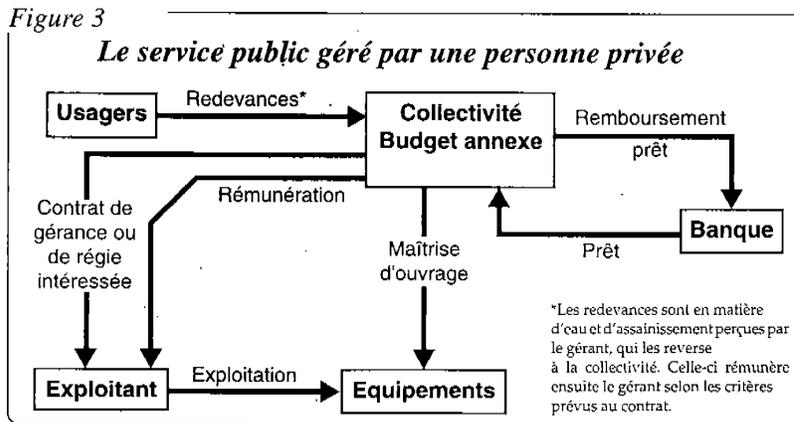
Tableau 2 :
Les modes de gestion directe des services publics locaux
(exemple de la commune)

Caractéristiques	Régie directe	Régie dotée de l'autonomie financière	Etablissement public
Personnalité	Non	Non	Oui
Gestion	Pas de gestion propre	Directeur + conseil d'exploitation	Directeur + Conseil d'administration
Autonomie Financière	Non	Oui	Oui
Fixation des tarifs	Conseil municipal	Conseil municipal	Conseil d'administration
Budget	Opérations retracées dans le budget de la collectivité locale	Budget annexe de la collectivité locale (vote par le conseil municipal)	Budget propre (vote par le conseil d'administration)
Ordonnateur	Maire	Maire	Directeur
Gestion du service	Personnel communal	Personnel communal	Personnel communal
Prêt bancaire	Commune	Commune (budget annexe)	Etablissement public

Le service public géré par une personne privée

Cette modalité permet à la collectivité locale de se décharger de la gestion du service public sur un opérateur privé. Cet opérateur agit pour le compte de la collectivité locale. Son action est donc limitée par un mandat qui le charge de l'exploitation du service public, la collectivité locale restant propriétaire des installations. L'exploitant privé perçoit une rémunération forfaitaire de la collectivité (gérance) ou une rémunération comprenant à la fois le produit d'une redevance fixe et un pourcentage sur les résultats de l'exploitation (régie intéressée¹⁰). Dans ces deux cas, l'exploitant privé exploitera des équipements qui seront financés aux seuls risques de la collectivité locale. S'il y a nécessité de recourir à l'emprunt, le contrat de prêt liera directement la collectivité à l'établissement de crédit. Les usagers verseront les redevances à la collectivité locale qui en conservera la maîtrise.

10. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le terme de régie est utilisé ici à tort par les textes. La régie intéressée n'a donc rien à voir avec la technique de la régie directe ou de la régie avec autonomie financière.



Source : Crédit local de France

Le service public délégué

Cette catégorie connaît un très grand développement en France. En effet, les collectivités locales manquent souvent de moyens pour gérer les services publics. Elles ont alors recours à des opérateurs privés qui leur apportent leur savoir-faire et bien souvent une technique qui leur fait défaut. Le danger de cette technique étant la corruption, tout se passe bien si le service public est géré honnêtement. Dans le cas contraire, de véritables scandales financiers ont pu se produire. C'est pourquoi le législateur a réagi pour fixer des conditions à ces délégations de services publics. Le législateur a ainsi tenu compte des impératifs fixés par le droit communautaire qui assimile ces contrats à des marchés publics. Ces nouveaux principes sont la transparence et la concurrence. Depuis la loi du 8 février 1995¹¹, les délégations de service public sont soumises à un contrôle plus strict. En effet, les délégataires doivent remettre chaque année un rapport aux collectivités délégantes. Par ailleurs, les chambres régionales des comptes peuvent vérifier les comptes de ces services délégués pour vérifier leur régularité. Il existe deux grands types de contrats de délégation de service public : l'affermage et la concession.

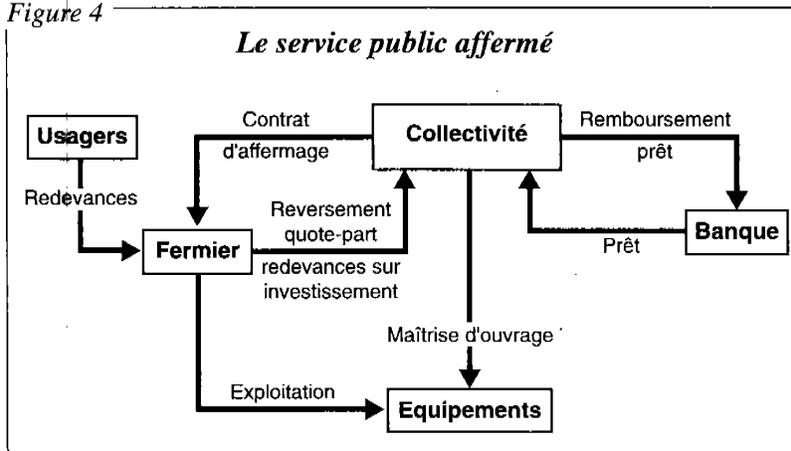
Le service public affermé

Dans ce cas, la collectivité locale passe un contrat avec un partenaire privé. Les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service public ne sont ni construits ni financés par le fermier mais par la collectivité publique. Ce système est utilisé depuis longtemps pour la perception des droits de place dans les halles et marchés et s'inspire de la ferme des impôts dans l'Ancien Régime. Le

11. Journal officiel du 9 février 1995, page 2186, Loi n°95-127 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

fermier se rémunère directement auprès des usagers. Le fermier doit verser à la collectivité publique une redevance ou surtaxe destinée à couvrir les dépenses engagées par la collectivité pour l'établissement ou l'extension des ouvrages affermés. Le contrat d'affermage est précisé par un cahier des charges qui précise les droits et obligations des deux parties. La durée d'un contrat d'affermage est en général de courte durée car il n'y a pas d'investissements à amortir.

Figure 4



Source : Crédit local de France

Le service public concédé

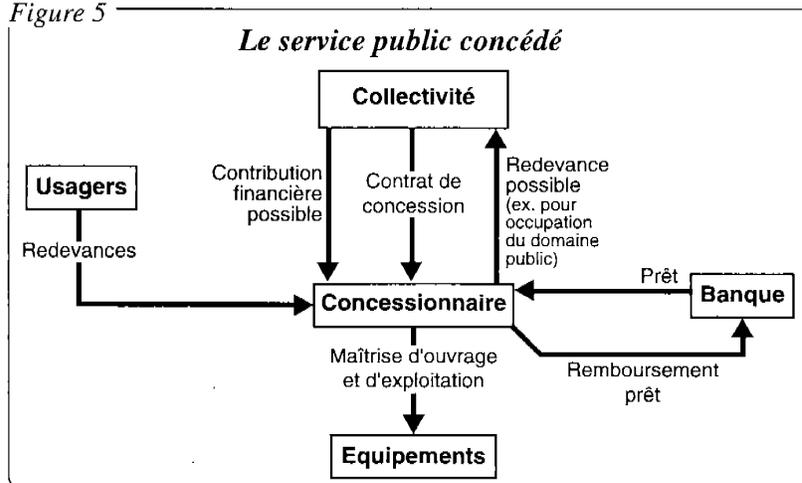
Une personne publique (le concédant) confie contractuellement à une personne privée (le concessionnaire) la réalisation d'investissements importants et la gestion du service sur une longue période. En échange, le concessionnaire peut se rémunérer sur les usagers par la perception de redevances. Le choix du délégataire relève de *l'intuitu personae* en raison des rapports de confiance qui doivent exister entre la collectivité publique et la personne privée. Depuis la loi du 29 juin 1979, la concession connaît un certain regain d'intérêt pour l'exploitation des transports publics d'intérêt local. Puis, avec les lois des 17 juillet 1979 et 19 août 1986, la concession se développe dans le secteur des ponts et bacs à péages. Ce mode de gestion des services publics locaux est également très important dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement (Lyonnaise des eaux-Dumez, Générale des eaux), des pompes funèbres (Pompes funèbres générales), des casinos et théâtres municipaux, des parcs de stationnement et des marchés d'intérêt national (pour ces deux derniers exemples, les concessionnaires sont en général des SEM locales). Les documents contractuels régissant la concession doivent être conformes à des normes réglementaires (par exemple, cahiers des charges types) ; le juge

administratif qualifiera certains éléments de « contractuels » et d'autres de « réglementaires ». Le concédant peut contraindre le concessionnaire à modifier les conditions du contrat. En effet, le principe d'adaptabilité des contrats administratifs permet à l'administration d'utiliser son pouvoir de modification unilatérale du contrat¹², quand il ne s'agit pas du pouvoir de résiliation unilatérale¹³. Dans ces deux cas, le respect de l'équilibre financier du contrat obligera la collectivité à indemniser le concessionnaire, sauf en cas de faute ou de déficit du service public¹⁴.

Pour distinguer le contrat de concession du contrat d'affermage, le juge administratif a été conduit à utiliser le critère des investissements : si les investissements sont à la charge de la personne privée, il s'agit d'une concession. En revanche, si ces investissements sont supportés par la collectivité locale, il ne peut que s'agir d'un affermage¹⁵. Le critère de la durée du contrat peut être également utile ; en effet, les contrats de concession sont en général de longue durée pour permettre d'amortir les investissements ; alors que les contrats d'affermage sont en général d'une durée inférieure à trois ans¹⁶.

D'autres situations juridiques peuvent être rapprochées de la concession : les contrats comportant occupation du domaine public (par exemple pour les MJC), les marchés d'entreprise de travaux publics¹⁷.

Figure 5



Source : Crédit local de France

12. CE 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec CE p. 33, Rev. dr. publ. 1984, p. 212, note J.M. Auby.

13. TC 2 mars 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre*, RFD adm. 1987, p. 191, note F. Moderne.

14. CE 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*, Rec CE p. 1050, concl. Josse ; CE 5 nov. 1982, *Soc. Propétrol*, Rec CE p. 381, JCP 1984, II n° 20168, note M. Paillet.

15. CE 29 avril 1987, *Commune d'Élanecourt*, Rec CE p. 153, AJDA 1987, p. 543, CJEG 1987, concl. Robineau.

16. CE 3 juin 1987, *Société nimoise de tauromachie*, Les Petites Affiches 15 juin 1988.

17. Nous ne développerons pas ce point car il fait l'objet d'une étude particulière (voir P. Terneyre).

Tableau 3 :
Les modes de gestion intermédiaires ou délégués
(exemple de la commune)

Ces modes de gestion sont soumis à la loi du 29 janvier 1993 (procédure de publicité et prolongation du contrat) et à la loi du 2 février 1995 (durée maximale des délégations en matière d'environnement : 20 ans).

RESPONSABILITÉS	RÉGIE INTÉRESSÉE	GÉRANCE	AFFERMAGE	CONCESSION	METP
Travaux de 1 ^{er} établissement	Commune	Commune	Commune	Concessionnaire	Entreprise privée
Travaux de renouvellement	Commune	Commune	Commune/fermier ¹	Concessionnaire	Entreprise privée
Gestion du service	Régisseur	Gérant	Fermier	Concessionnaire	Entreprise privée
Risques financiers et commerciaux	Commune	Commune	Fermier ²	Concessionnaire	Entreprise privée
Facturation usagers	Régisseur	Gérant	Fermier	Concessionnaire	Pas de facturation
Rémunération du délégataire	Versée par la commune (redevance fixe + % sur les résultats de l'exploitation)	Versée par la commune (Forfait)	Versée par la usagers	Versée par la usagers	Versée par la collectivité locale (redevance)
Prêt bancaire	Commune	Commune	Commune	Concessionnaire	Entreprise (Cession de créance)
Propriété des installations	Commune	Commune	Commune	Concessionnaire jusqu'au terme de la concession	Commune

1. Répartition des compétences par avenant au contrat d'affermage.

2. Risques d'exploitation supportés par le fermier, risques d'investissement répartis entre la commune et le fermier si un avenant prévoit que le fermier finance une partie des travaux.

L'attribution unilatérale à une personne privée

Dans ce cas, la collectivité locale n'a pas agi par contrat pour confier la gestion à une personne privée. Il s'agit au contraire d'une décision unilatérale qui doit bien entendu être acceptée par la personne privée. C'est le régime des autorisations que l'on trouve au niveau de l'Etat avec les autorisations dans le domaine de l'audiovisuel après la loi du 30 décembre 1986. Sur le plan local, l'autorisation peut permettre à une personne privée d'utiliser le domaine public, il s'agit alors d'une permission de voirie. Pour les départements, les fédérations de chasseurs sont investies d'une mission de service public depuis le décret de 1934. Mais ces quelques exemples ne sont rien en comparaison avec les réalisations de l'Etat qui utilise beaucoup plus largement cette méthode que les collectivités locales n'ont pas les moyens juridiques d'utiliser. En effet, les collectivités locales préfèrent utiliser les contrats.

En général, on considère que le droit communautaire est totalement hostile à la notion française de service public, ce qui semble entraîner une incompatibilité de principe entre ces deux conceptions. En réalité, les observateurs les plus attentifs¹⁸ ont constaté que le traité de Rome avait prévu une place pour les services publics. C'est pourquoi l'on peut dire qu'après une période d'adaptation, nous sommes en train de pénétrer dans une phase nouvelle : celle des services publics européens. Les collectivités locales doivent y prendre leur place pour une meilleure utilisation des deniers publics.

18. Voir par exemple, S. Rodriguès, «Les services publics en Europe, entre monopole et concurrence», *Revue des affaires européennes*, 1994 n° 2, p. 64.