

Droit et économie de la concurrence dans le régime de passation de la Délégation de Service Public Recherche d'efficacité concurrentielle en régime de délégation de service public

Portée illustrative des schémas de distribution et d'assainissement de l'eau

Emmanuelle C

Diplôme d'IEP Politique et Administration – Service Public
séminaire : Partenariat Public Privé
Juin 2006

Sous la direction de Messieurs Alain Bonnafous, Directeur de l'Institut des Sciences de l'Homme, Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon Pierre-Yves Péguy, Laboratoire d'Economie des Transports, Université Lyon 2

Table des matières

Remerciements . .	4
Introduction . .	5
Propos liminaires . .	7
La délégation de service public : un contrat d'activité de service public . .	7
Identification des conventions de délégation de service public selon deux critères : matériel et financier . .	8
I L'intensité concurrentielle sur les marchés régis en Délégation de Service Public . .	10
1.1- Une gestion optimale réalisée en monopole . .	10
1.1.1- Une exclusivité naturelle et nécessaire . .	10
1.1.2- Un aménagement légal . .	11
1.2- L'intérêt du Service Public comme fondement de cette situation . .	12
1.2.1- Un optimum circonscrit par la défense de l'intérêt général . .	12
1.2.2- Monopole et maximisation du profit . .	13
1.3- La délégation de Service Public ou la réalité de la situation monopolistique . .	14
1.3.1- L'atomicité du marché . .	14
1.3.2- Contestabilité du marché . .	16
2- La procédure de la délégation de service public au service de la concurrence pour le marché . .	19
2.1- Un choix d'externalisation encadré . .	19
2.1.1- La délégation : choix discrétionnaire de la collectivité publique . .	19
2.1.2- Définition du service et fixation de la fonction de production . .	21
2.2- La promotion de la contestabilité . .	23
2.2.1- La recherche et la diffusion d'une information suffisante . .	23
2.2.2- Un usage complet des candidatures . .	25
2.3- Au-delà du choix d'un opérateur, celui d'un partenaire . .	26
2.3.1- Une négociation souple . .	26
2.3.2- La sanction de l'accord . .	27
Conclusion . .	29
Bibliographie . .	30

Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur Alain Bonnafous pour son assistance dans ma démarche de réflexion et sa disponibilité ainsi que Monsieur Pierre-Yves Péguy pour son aide dans ma recherche bibliographique. Je remercie également Anne-Isabelle Manier. La lecture de sa thèse sur les transports interurbains m'a permis d'appréhender à travers un exemple pratique la délégation de service public.

Introduction

La gestion déléguée est un mode organisationnel « d'activités associant les entreprises à la mise en œuvre des missions de Service Public »¹. Elle est un outil privilégié du concept très actuel de Partenariat Public Privé. Ce mode d'exploitation de service public est très adapté aux besoins et aux contraintes économiques des collectivités publiques.

La Délégation de Service Public revêt une forme matérielle contractuelle. La notion désigne des contrats portant sur un objet identique, à savoir la gestion déléguée d'un service public, mais des régimes juridiques différents peuvent être appliqués. Ces conventions peuvent prendre des formes variées : concession, affermage, régie intéressée, dont la plupart sont issues de la tradition administrative française. C'est principalement à la fin du XIX^{ème} siècle qu'une notion moderne de la délégation se développe afin de répondre aux besoins croissants en biens collectifs et surtout au fort besoin en investissements qui leurs sont inhérents. Principe déjà éterné, l'intérêt dans la gestion déléguée est renouvelé au début des années 90 sous les effets conjugués de la décentralisation française, qui donne aux collectivités territoriales plus d'autonomie dans leur gestion, et de la construction européenne qui vise à l'intégration d'un marché unique.

De nombreux secteurs d'activité peuvent être gérés par délégation. La réalisation et l'exécution d'un service public sont confiées à un opérateur distinct de la collectivité publique en charge légale du service.

Le droit positif reconnaît expressément la « Délégation de Service Public » avec la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin². Cette étape marque véritablement « l'acte de naissance d'une nouvelle catégorie juridique »³ à laquelle les collectivités territoriales, en particulier, recourent fréquemment. Des dispositions sont prises afin de constituer un cadre juridique adapté aux évolutions politiques et économiques de ces contrats. Des procédures plus contraignantes d'attribution de la DSP ont été mises en place afin d'apporter plus de transparence dans les procédures d'attribution des délégations, dont certaines avaient pu être l'occasion d'irrégularités, de faits de corruption. Les procédures répondent également à la volonté de concilier les contrats aux principes généraux du droit communautaire, en favorisant notamment la concurrence.

Le droit des DSP tend ainsi à se rapprocher du droit des marchés publics. Ce dernier est une sorte de droit canon dans la mesure où des normes encadrent toutes les étapes du processus de mise en œuvre du contrat de marché public. Le droit des délégations de service public se soustrait pour l'instant au cadre normatif communautaire eu égard à ces spécificités, à ces principes traditionnels.

¹ Claude Martinaud, Président de l'Institut de Gestion Déléguée, lettre du 23 janvier 2006

² Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

³ Eric Delatour, Julien Antoine, Jean-François Davignon, Catherine Ribot, *La loi Sapin et les Délégations de Service Public, 10 ans d'application jurisprudentielle*, Affaires Finances, Juris classeur, Litec, 2004

Un droit des DSP s'est formé par la conjugaison de mesures normatives et jurisprudentielles, avec une acuité toute particulière portée sur la transparence et la concurrence.

Le juge administratif est venu préciser les contours de la délégation de service public. Deux critères sont retenus par la jurisprudence comme marqueurs de la spécificité de ce mode de gestion : le mode de rémunération du co-contractant qui doit substantiellement provenir des résultats de l'exploitation du service mais également la responsabilité du risque commercial et financier qui doit incomber au bénéficiaire du contrat. Plus que la terminologie des contrats, le juge administratif apprécie la véracité de la situation.

Par la suite, le législateur a repris ces critères dans une définition qu'il donne de la DSP dans une loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, consacrant la jurisprudence du Conseil d'Etat, Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de Lambesc du 15 avril 96. L'article 3 contient ainsi qu' « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

En bref, la DSP peut se définir comme « un contrat administratif, par lequel la collectivité publique confie à son délégataire un service public déléguable, dans lequel la rémunération du co-contractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et dont il doit au moins partiellement assurer le risque, et qui est dès lors soumis à une législation nationale complexe et à des règles visant au respect du principe de transparence et de libre concurrence »⁴.

Ce droit en construction doit concilier deux logiques distinctes : offrir à la personne publique une certaine liberté dans la gestion de ses services publics et satisfaire aux exigences contractuelles actuelles notamment en matière de concurrence.

Le choix de la gestion déléguée procède, en termes économiques, d'une logique d'externalisation. La collectivité n'est plus opérateur mais contrôleur. Le service est confié à un opérateur externe de nature privée ou publique. Dans le développement de mon mémoire, je privilégierai l'intervention d'un délégataire privé. Si les logiques de gestion externe procèdent des mêmes fondements, l'objectif de rentabilité des entrepreneurs privés peut toutefois le distinguer d'autres délégataires à but non lucratif tels que les sociétés d'économie mixte, les associations ou groupements d'intérêt locaux. Outre une possible amélioration de la gestion du service par l'expertise et les capacités de gestion du secteur privé, le principal avantage de la gestion en délégation est de faire supporter à l'opérateur privé tout, ou du moins une partie, du financement des investissements nécessaires à l'exploitation du service, et de la responsabilité d'exploitation. Dans ce contexte, la délégation est un outil très intéressant pour les collectivités locales dans des secteurs tels que l'eau, l'assainissement, la gestion des déchets.

Pour ces raisons, mon étude porte plus particulièrement sur les délégations de services publics locaux. Ensuite le secteur de l'eau : distribution et assainissement, apparaît comme l'exemple type en la matière, en favorisant des contrats tels que l'affermage et la concession.

La DSP est un mode de gestion original, encadré par des procédures visant à l'installation d'un partenariat efficace au sens juridique et économique du terme. Parce

⁴ Mireille Berbari, Serge Briand, Jean-Eric Callon, Véronique Mirouse, Jean-Marc Peyrical, Gwenaëlle Ribault, *Délégations de service public*, Administration territoriale, guide pratique, Litec, 2000

que la DSP consacre un opérateur privé dans la gestion d'un service public, le régime de sélection revêt un enjeu capital. La définition et le régime légal actuel de la délégation de service public peuvent dès lors être l'objet d'interrogations quant à leur capacité à répondre aux préoccupations d'efficacité de ce mode de gestion : la libre concurrence jouant théoriquement le rôle crucial de révélateur de l'équilibre économique optimal. Il peut plus précisément être intéressant de se concentrer sur la problématique de la phase d'attribution de la délégation qui détermine l'économie générale du contrat et la gestion à venir du service.

Alors que la DSP se caractérise par l'attribution de la gestion d'un service public à un unique opérateur, des dispositions successives ont pour objectif de promouvoir une concurrence effective. On peut dès lors s'intéresser à la place donnée à la concurrence dans le régime de passation des délégations de service public.

La délégation de service public ne correspond pas à un mode de production de services classique sur lequel une concurrence directe s'exerce. La pression concurrentielle se révèle tout aussi spécifique que le marché sur lequel elle intervient (1). Il est d'un intérêt déterminant pour la puissance publique d'assurer une forme de concurrence minimum (2) assurant une gestion selon un couple (prix, qualité) satisfaisant les cocontractants.

Propos liminaires

Il me semble nécessaire, dans une phase préalable, d'identifier précisément les conventions de délégation de service public. Ce sont des contrats portant sur une activité de service public : deux critères principaux permettent de les identifier.

La délégation de service public : un contrat d'activité de service public

En se reportant à la définition d'André de Laubadère⁵, le service public est « l'activité assumée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général ». Selon une distinction classique, il existe deux types de services : les Services Publics Administratifs et les Services Publics Industriels et Commerciaux. Tous deux sont en principe déléguables.

On note cependant que les délégations intéressent majoritairement des activités marchandes donc des SPIC à forte rentabilité permettant d'assurer directement la rémunération de l'opérateur en charge du service.

En présence d'un service public, le caractère administratif est présumé alors que le caractère industriel et commercial est identifié de façon jurisprudentielle selon la technique du faisceau d'indices incluant des critères relatifs à l'objet, aux ressources, aux modalités de fonctionnement et à une ressemblance avec une entreprise privée. Cependant, certains SPIC sont explicitement reconnus par les textes ou la jurisprudence et tel est le cas des services d'assainissement⁶ et des services d'eau⁷.

⁵ André de Laubadère, Traité de droit administratif, 7^e éd

⁶ Art L.2224-11 Code Général des Collectivités Territoriales : « Les services publics d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial »

En matière de « délégabilité », le seul critère étudié par le juge administratif est la nature régalienne de l'activité. La notion de service public étant par ailleurs évolutive, c'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui fixe une sorte de liste des activités déléguables. Cependant, une constance de raisonnement est observée et certaines activités caractéristiques ne peuvent pas être déléguées. Il s'agit des tâches effectuées au nom de l'Etat (état civil, élections), les missions relevant de l'exercice d'une prérogative de puissance publique (pouvoir de police, édicition de mesures réglementaires).

La délégation prend la forme d'un contrat qui lie les deux parties selon un accord de volonté entre la collectivité délégante et l'opérateur.

Il s'agit d'un contrat administratif, ce qui signifie que des clauses exorbitantes du droit commun peuvent être incluses, notamment pour ce qui est des modalités de contrôle de la collectivité sur l'opérateur.

Par la convention de délégation de service public, la collectivité charge une autre personne d'exploiter le service public. La convention est attribuée au profit d'une personne privée ou d'une personne publique comme un établissement public.

Identification des conventions de délégation de service public selon deux critères : matériel et financier

La DSP est un terme regroupant différentes formules contractuelles. Elles ont pour points communs d'être matériellement un transfert d'exploitation ou de gestion d'un service public, et de tirer leur rémunération substantiellement des résultats d'exploitation⁸. Autre indicateur qui tend à se développer dans la jurisprudence : la notion de risque attribuée au bénéficiaire de la convention de SP.

Ainsi la jurisprudence a pu exclure ou inclure certains contrats à la catégorie Délégation de Service Public.

Au sens strict, la concession et l'affermage appartiennent sans réserves à cette catégorie.

La concession de service public est l'attribution par la personne publique à une autre personne, d'un service public dont elle a la charge. Le preneur réalise les investissements et en assure l'exploitation.

Dans un affermage de service public, l'exploitation est confiée à un tiers mais les investissements s'y rapportant restent à la charge de la collectivité.

Pour ces deux contrats, le bénéficiaire de la convention est responsable de l'exploitation et se rémunère par des redevances perçues sur l'usager.

La régie intéressée est une formule qui permet un transfert de gestion du service public. Les redevances sont perçues sur les usagers, mais la rémunération du régisseur est fixée par la collectivité. Elle est calculée sur la base des charges d'exploitation à laquelle vient s'ajouter une partie liée aux résultats d'exploitation, afin de pousser l'opérateur à augmenter sa productivité. Selon les critères jurisprudentiels, cette formule peut être comprise dans certains cas comme appartenant à la catégorie DSP, avec une nuance apportée au critère financier.

⁷ Art L.2224-2 et 5 CGCT et Tribunal des Conflits 2 mai 1977 Poraïsa contre Société Lyonnaise des Eaux

⁸ CE 15 avril 96, Préfet des Bouches du Rhône contre Commune de Lambesc : « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation »

En revanche la gérance permet à un exploitant extérieur d'intervenir sur le service, mais il ne s'agit pas d'une DSP puisque la collectivité assure le risque et la rémunération.

I L'intensité concurrentielle sur les marchés régis en Délégation de Service Public

Dans le contexte actuel, les déréglementations paraissent légitimes. Or, il existe des secteurs d'activité pour lesquels un système en Concurrence Pure et Parfaite n'est pas optimal.

La délégation engendre un monopole par la limitation légale de la libre concurrence. Il peut être surprenant que l'autorité contractante rompe avec un modèle classiquement défendu. Cependant, la réalité de la délégation de service public correspond à un aménagement spécifique d'une situation de monopole (1.3) qui concilie dangers de comportement monopolistiques (1.2) et nécessaire exclusivité (1.1).

1.1- Une gestion optimale réalisée en monopole

L'acquéreur d'une délégation de service public jouit d'un régime de protection. En se prononçant sur le principe de la DSP et en sélectionnant son délégataire, la collectivité concédante soustrait un secteur d'activité à la logique de concurrence traditionnelle. Si la situation de monopole semble résulter d'une cause exogène : l'exclusivité juridique (1.1.2), elle n'est pas dépourvue de tout fondement endogène (1.1.1).

1.1.1- Une exclusivité naturelle et nécessaire

La délégation engage la collectivité par rapport à un délégataire unique. Un monopole peut être instauré (1.1.1.1) sur la base d'une importance sociale reconnue (1.1.1.2).

1.1.1.1- La théorie du monopole naturel applicable à la délégation de service public

La théorie du monopole naturel peut être une source explicative d'un marché soustrait à la libre concurrence. Pour certaines activités marchandes connaissant des coûts fixes élevés et de forts rendements de production, la concurrence de nouveaux entrants peut s'avérer néfaste pour les opérateurs comme pour les consommateurs. De ce constat apparaît la nécessité d'offrir l'exclusivité à un opérateur.

Les entreprises intervenant dans la production de biens ou services à forts rendements croissants ne peuvent pas maximiser leur profit si le niveau des prix se fixe au niveau du coût marginal tel qu'il est induit par le jeu de la concurrence.

La production se caractérise par une situation de coûts telle, qu'en raison de coûts fixes très élevés, le coût marginal est toujours décroissant mais également toujours inférieur

au coût moyen. En conséquence, l'entreprise souhaitant vendre son produit à un prix égal au prix marginal est en situation de pertes. Une maximisation de son profit est impossible puisque l'optimisation de sa production conduit à une maximisation de ses pertes. Toute production supplémentaire engendre des pertes, et le risque d'évincer les entreprises les plus fragiles jusqu'à n'avoir plus qu'un offreur voire de ne plus avoir d'offre disponible, correspond à la situation théorique du monopole naturel.

1.1.1.2- Le monopole comme nécessité sociale en situation de marché captif

Les activités de service public se distinguent par l'importance sociale qui leur est attachée. Les destinataires du service sont plus que de simples consommateurs cherchant à maximiser leur satisfaction. L'utilisateur est captif : la consommation du bien ou service dépend entièrement d'une entreprise et ce phénomène est renforcé par la nécessité absolue pour l'utilisateur de maintenir sa demande. L'exemple de l'eau est particulièrement prégnant. L'individu est dans l'incapacité de fixer rationnellement sa consommation du service, selon une élasticité prix de sa demande. Il est donc nécessaire de maintenir ces activités attachées à une ressource rare sous contrôle.

Le secteur de l'eau correspond à cette situation de monopole naturel dans laquelle le producteur et le consommateur sont en situation de fragilité.

De lourds investissements peuvent être planifiés dans le schéma contractuel de la concession, et l'affermage est très fréquemment utilisé pour l'exploitation de telles activités en réseaux.

L'exclusivité résulte de la nature même de l'activité.

1.1.2- Un aménagement légal

L'exclusivité se traduit en termes économiques par une situation de monopole : situation qui procède d'un aménagement légal. Le délégataire est protégé sur son marché (1.1.2.1) et la collectivité délégante doit agir en conséquence (1.1.2.2).

1.1.2.1- Le monopole protégé sur son marché

Le délégataire est légalement protégé. Le monopole s'appuie sur la maîtrise juridique d'un marché assorti d'une exclusivité. La collectivité concédante s'engage via des clauses d'exclusivité, à n'autoriser aucune autre entreprise à entrer en concurrence sur l'exercice de son activité. A priori de telles mesures portent atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Si rien n'empêche la collectivité publique de s'interdire légalement, et par contrat, de passer toute autre convention déléguée pour cette activité, la difficulté apparaît en revanche lorsqu'il s'agit de limiter l'activité à titre privé. La collectivité ne peut théoriquement pas limiter l'entrée d'un concurrent sur l'activité. Cependant elle peut en interdire l'accès de fait. La plupart des services publics en DSP nécessitent des autorisations administratives spécifiques. La distribution d'eau requiert une autorisation d'occupation du domaine public. Ces autorisations prennent la forme d'un droit exclusif d'accès aux canalisations ce qui implique d'agir sur la voirie publique. L'affermage de la communauté urbaine de Lyon en est ainsi un exemple typique puisque selon son article 2, le contrat d'affermage « confère au fermier le droit exclusif, pendant la durée de l'affermage, de conserver et d'entretenir dans le périmètre de l'affermage, soit au dessus, soit au dessous des voies publiques et de

leurs dépendances, tous ouvrages ou canalisations... »⁹. Concurrencer le délégataire est matériellement impossible.

1.1.2.2- La protection du monopole étendue aux actes du délégataire

La collectivité a pour obligation légale de favoriser son délégataire et a contrario de ne prendre aucune mesure susceptible de compromettre l'exploitation de l'activité de son cocontractant, notamment en accordant certaines autorisations à un concurrent¹⁰. Cette obligation légale est aussi une obligation minimum, par opposition à une obligation qui serait absolue, et ce en concordance au principe d'adaptabilité du service public. Selon ce principe, une modernisation du service est rendue possible, afin de répondre aux nouvelles exigences : aux besoins actuels des usagers. Egalement appelé principe de mutabilité, il nuance l'obligation légale de l'autorité délégante qui ne va pas jusqu'à imposer à la collectivité d'empêcher toute activité pouvant concurrencer le co-contractant¹¹. L'intérêt du service public reste le motif premier de l'instauration légale d'un mode de production et de gestion en monopole.

En raison d'une situation économique spécifique, la production est assurée par monopole.

1.2- L'intérêt du Service Public comme fondement de cette situation

Si une organisation en monopole est la seule viable pour de telles activités, elle comporte des risques. La situation monopolistique comporte le risque potentiel de voir l'intérêt de l'entreprise primer (1.2.2) et se réaliser aux dépens de la collectivité et des usagers (1.2.1).

1.2.1- Un optimum circonscrit par la défense de l'intérêt général

L'intervention de la puissance publique dans la sphère économique au moyen de la mise en œuvre de services publics industriels et commerciaux provient d'un souci de protection de l'intérêt général. Notion initialement politique (1.2.1.1), elle se décline également en valeur économique (1.2.1.2).

1.2.1.1- L'intérêt général comme notion sociale

L'intérêt général est a priori une notion philosophique, c'est l'intérêt agrégé de tous les individus formant la communauté. Le but de la puissance publique est de maximiser cet intérêt c'est-à-dire de permettre à chaque individu de maximiser son utilité. On peut noter que le caractère d'intérêt général d'une activité « relève d'une appréciation subjective »¹²

⁹ Traité d'affermage du 6 octobre 1970 de la Communauté Urbaine de Lyon à la Compagnie Générale des Eaux

¹⁰ Cour Administrative d'Appel de Paris, 4 juin 1992, SA Tahiti Moorea Service - la fourniture de données à un tiers diffuseur peut être légitimement refusée si elle menace l'existence du service, par exemple en mettant en cause l'équilibre économique du délégataire de ce service.

¹¹ CE 7 mai 1982, Société du Parking de la Concorde

¹² Pierre Delvolvé, *Droit Public de l'Economie*, Précis Dalloz, 1998

et que les pouvoirs publics apprécient l'importance sociale ou politique de activités qu'elle consacre comme telles. Or, nous l'avons vu, le maintien de certaines activités nécessite l'instauration d'un monopole légal. La volonté de maintenir ces activités résulte de la préoccupation de la puissance publique de protéger l'accès de chacun à ces services. La satisfaction des usagers est le principal mobile d'action. Le risque de voir certains services disparaître ou connaître une dégradation qualitative constitue une perte sociale telle pour la collectivité, que l'intervention publique apparaît nécessaire pour maintenir la production au niveau estimé satisfaisant par la collectivité. L'organisation optimale de l'activité correspond, selon la collectivité, à la défense d'une notion politique et sociale de l'intérêt général.

1.2.1.2- La traduction économique de la notion d'intérêt général

Le pendant économique de l'intérêt général se traduit par la maximisation de l'utilité du plus grand nombre - minimisation des pertes sociales. Cela revient à encourager la facturation du service au coût marginal afin de permettre aux usagers d'accéder et de bénéficier du service. Parce que la collectivité veut maintenir ce niveau non rentable pour le producteur, elle se doit de soustraire l'activité à un mode organisationnel classique.

La distribution d'eau en gestion monopolisée répond à un besoin social impérieux. La collectivité se doit de soustraire un service dont le caractère d'intérêt général ne souffre aucun doute à une logique de marché concurrentiel et contraint à un mode de gestion rentable.

Pour protéger l'intérêt général, l'accès des usagers à l'activité de service public passe par une organisation légale exorbitante du droit commun avec l'instauration de monopole.

1.2.2- Monopole et maximisation du profit

La situation de monopole présente un danger potentiel pour la société qui se traduirait par la confiscation d'une rente de monopole (1.2.2.1) et par une organisation inefficace (1.2.2.2) qui agiraient aux dépens de la collectivité.

1.2.2.1- La rente monopolistique et le risque de son appropriation

L'opérateur tente de maximiser son profit ; phénomène naturellement limité par le jeu de la concurrence. En situation de monopole, cette pression concurrentielle étant inexistante, le risque de voir l'opérateur s'attribuer une rente monopolistique est réel. Les entreprises en situation de monopole naturel ne peuvent pas facturer durablement le service au coût marginal sans soutien. L'opérateur majore sa rémunération : à un prix fixé au coût marginal s'ajoute une rente qu'il prélève sur l'utilisateur par une majoration de la redevance ou que la collectivité lui verse sous forme de subvention afin qu'il rééquilibre ses pertes. Les délégations de service public se distinguent en outre par le mode de rémunération utilisé. Cette dernière provient essentiellement de l'exploitation du service. Le fermier se rémunère sur les redevances perçues sur les usagers. Le concessionnaire recourt également à ce mode de rémunération mais peut également, de manière plus limitée, bénéficier d'une aide de la collectivité au financement partiel des ouvrages ou d'un déficit d'exploitation. La rente dégagée par l'opérateur doit s'avérer comme la simple compensation normale des coûts fixes engagés. Traditionnellement la rente de monopole est perçue comme une captation de la rente dégagée par l'opérateur, alors que la décision d'externalisation du service vise à dégager une rente à partager entre opérateur et collectivité voire entre opérateur et usagers.

L'enjeu est alors de limiter la captation de cette rente au profit de l'opérateur et de maximiser la part bénéficiant à la collectivité.

Le niveau de prix et de production en monopole diffère du niveau de prix approché en situation de pression concurrentielle. Le risque de captation de la rente au profit de l'opérateur représente un coût pour la collectivité, une perte sociale.

1.2.2.2- Inefficacité relative du monopole

L'attitude du monopole peut se caractériser par un manque certain d'efficacité. Affranchit de la pression concurrentielle, la rentabilité du monopole est contractuellement acquise et l'opérateur n'est pas motivé pour rechercher les coûts cachés. Une tendance au surinvestissement peut également être observée. L'ampleur du phénomène est d'autant plus importante que les infrastructures sont à la charge de la collectivité. Un renouvellement rapide des installations permet à l'exploitant de dégager ou d'augmenter son profit par un gain d'efficacité ne dépendant pas du progrès de sa production. L'exploitation des réseaux d'eau en France est dans une très large part réalisée selon le modèle de l'affermage. L'entreprise exploite à ses risques et périls une installation réalisée et financée par la commune. Il apparaît clairement que l'entreprise à tout intérêt à effectuer sa mission dans les meilleures conditions, ce qui signifie minimiser ses risques en gérant un réseau et des installations récentes, les frais d'entretien étant de toute évidence bien inférieurs et la fiabilité accrue. Cette tendance au surinvestissement en puissance se traduit en actes du fait de la forte influence du délégataire sur la collectivité. En effet, la commune décide formellement des travaux à réaliser mais sa maîtrise du réseau ne lui permet pas de s'affranchir de cette pression au renouvellement. L'information sur l'état du réseau, la nécessité de renouvellement, est en pratique détenue par le délégataire. C'est le manque d'autonomie du concédant qui amène à cette situation.

Toute situation de monopole comporte des risques. Des tensions monopolistiques apparaissent.

L'intérêt du monopole et intérêt général doivent pouvoir être conciliés.

1.3- La délégation de Service Public ou la réalité de la situation monopolistique

La délégation correspond à un aménagement particulier d'une situation de monopole. Le monopole s'analyse traditionnellement par comparaison à une situation théorique de Concurrence Pure et Parfaite. Pour prendre la réelle mesure de la situation potentiellement monopolistique, deux principaux critères peuvent être étudiés : atomisticité (1.1.3.1) et contestabilité (1.1.3.2).

1.3.1- L'atomisticité du marché

Une situation de concurrence pure et parfaite se manifeste par la présence d'offres en nombre infini et de taille réduite, de telle manière que chaque offre n'a pas de pouvoir significatif sur le marché. Le phénomène de concentration remet en cause ce principe (1.3.1.1) et est alors encadré par le droit de la concurrence (1.3.1.2).

1.3.1.1- La théorie des phénomènes de concentration

La théorie de la concentration découle d'une stratégie d'élimination d'entrepreneurs concurrents. La concentration se définit par rapport à un marché qualifié de pertinent. Il correspond à un secteur d'activité sur lequel des entreprises se concurrencent parce que les produits ou services proposés sont substituables entre eux. L'eau est un marché local et peu d'entreprises sont susceptibles de proposer ces services. La concentration horizontale mène vers la disparition de la diversité des opérateurs sur le secteur et vers le monopole. Un avis du Conseil de la Concurrence de mai 2000¹³ mentionne des opérations de concentration et de création de filiales communes qui ont eu lieu depuis une quinzaine d'année en France sur le marché des services délégués de distribution de l'eau. A l'issue de ces dernières, à un marché d'une dizaine d'entreprises de taille moyenne a succédé un marché très concentré, pour l'essentiel partagé entre trois groupes. Véolia réalise 56% de la distribution d'eau, le groupe Suez – Lyonnaise des Eaux quant à lui représente 29% du marché, et Bouygues – Société d'Aménagement Urbain et Rural quelque 13%, les 2% restant à partager entre une dizaine de petites entreprises fortement localisées. Par ailleurs, la SAUR intervient majoritairement sur les communes de moins de 100 000 habitants, laissant Véolia et Suez en duopole sur les grandes villes.

La concentration verticale conduit à des conséquences moins directes mais à terme, cette stratégie établit des barrières à l'entrée qui sont autant d'obstacles pour d'autres producteurs. Ainsi le marché amont de la distribution : le marché de la production fait peu de place à la concurrence, les communes ne possédant que la partie terminale des réseaux de distribution les concernant. La fourniture d'eau en Ile de France¹⁴ est un exemple de ce phénomène. Le marché de la production se partage pour 90% de la production selon trois opérateurs : le Syndicat des Eaux d'Ile de France ou Sedif pour 37%, la Société Anonyme de Gestion des Eaux de Paris ou Sagep à hauteur de 33% et enfin la Lyonnaise des eaux pour 19%. Le marché amont est très fortement cloisonné et le producteur contrôle ses zones. A défaut des conditions techniques : interconnexion des réseaux, permettant l'existence d'un marché de gros, cette structure du marché amont conduit à une concurrence extrêmement limitée sur celui de la distribution d'eau. Dissocier production et distribution s'avère en pratique difficile pour la commune qui souhaite bénéficier de la ressource en eau la moins chère et de la meilleure prestation de distribution. En fait l'absence de marché de gros rend toute possibilité de concurrence entre les producteurs d'eau, lors de la mise en concurrence pour l'attribution des délégations de distribution d'eau, impraticable. Dans sa décision du 7 novembre 2005, le Conseil de la Concurrence a sanctionné la Lyonnaise des Eaux et le Syndicat des Eaux d'Ile de France pour un comportement directement consécutif de cette situation « verticalement concentrée ». La Lyonnaise en monopole de fait sur la fourniture d'eau entend profiter de cette situation pour assurer la distribution. Pour ce faire, elle consent au Syndicat du Nord Est de l'Essonne, concurrent pour le service de distribution, un prix de vente en gros de 17% supérieur au prix contenu dans sa propre offre incluant fourniture et distribution. Par cette illustration, on s'aperçoit que la pratique du couplage, de la concentration verticale est néfaste à la concurrence.

1.3.1.2- Un droit de la concurrence protecteur

¹³ Conseil de la concurrence, avis du 31 mai 2000, voir bibliographie Mention de l'indice Hirshman Herfindahl de 4250, au-delà de 2000, cet indice présume une structure particulièrement concentrée

¹⁴ Communiqué de décembre 2005 sur la décision du Conseil de la Concurrence du 7 novembre 2005 relatif à la concurrence sur le marché amont de la fourniture d'eau en Ile de France. Cette décision voit sanctionner la Lyonnaise des Eaux et fait actuellement l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel de Paris.

Le droit de la concurrence vise à limiter toute pratique qui affecte le fonctionnement normal du marché. Des comportements tels que les ententes, les abus de position dominante et les prix abusivement bas entrent dans cette description. Le Conseil de la Concurrence créé par l'ordonnance de 1986¹⁵ « est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans la répression des pratiques anticoncurrentielles et l'expertise du fonctionnement des marchés¹⁶, en vue d'assurer le respect de l'ordre public économique »¹⁷. La pratique de prix prédateurs n'est pas couramment observée dans les modèles de délégation parce que les prix sont fixés pour toute la longueur de l'exercice et cela peut mener à de trop lourdes pertes.

En revanche une présomption d'abus de position dominante pèse sur les fournisseurs de vente en gros de l'eau potable sur certaines zones. Dès 1998¹⁸, le Conseil de la Concurrence se prononce sur la pertinence de mesures conservatoires concernant la pratique de certains fournisseurs à l'occasion du renouvellement de contrats de DSP d'eau potable de plusieurs communes du département de l'Essonne. A l'époque, les injonctions de communication à tout tiers le demandant, du prix de vente en gros : prix établi par rapport aux coûts analytiques et écartant tout coût étranger à la production ont été rejetées. Comme vu précédemment, le Conseil sanctionne en 2005 un comportement similaire qui réduit la concurrence sur la partie distribution. Cette sanction devant être confirmée ou rejetée par la Cour d'Appel de Paris, les affaires successives sont la preuve d'un comportement à la marge de la légalité.

Les ententes jouent comme des obstacles à la concurrence et sont à ce titre réprimées par le droit¹⁹. Le taux de changement de délégataires à l'occasion du renouvellement est de 5%²⁰. Ce faible taux de non reconduction des contrats est un indice d'une entente menant à un monopole de fait de l'opérateur sur chaque contrat. Plus qu'une entente formelle, il semble s'agir d'une entente implicite pour une conservation du statu quo. Selon des principes de droit administratif, la technique du faisceau d'indices est appliquée. Si le taux de renouvellement des conventions est un indice grave, il ne suffit pas à caractériser l'entente et donc à matérialiser une sanction. Autre forme d'un comportement de coexistence pacifique : les offres communes. Un procédé selon lequel une filiale commune est constituée en vue de présenter une offre commune alors qu'il est possible aux opérateurs de présenter des offres séparées est de nature à restreindre la concurrence et peut dès lors passer sous le coup du droit des ententes et être sanctionné²¹.

1.3.2- Contestabilité du marché

¹⁵ Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

¹⁶ Intervention dans le cadre de la législation nationale livre IV code de commerce et communautaire articles 81 et 82 Traité des Communautés Européennes

¹⁷ [http : // www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)

¹⁸ Une lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 27 mars 1998 saisie le Conseil de la Concurrence de pratique d'abus de position dominante de la Société Suez Lyonnaise des Eaux à l'occasion du renouvellement des contrats de DSP de l'eau. La décision du 12 mai 1998 refuse cette demande de mesures conservatoires sur fondement de l'article 8 de l'ordonnance de 1986 et de l'article 82 du TCE

¹⁹ Article 7 de l'ordonnance de 86 et article 81 du Traité des Communautés Européennes

²⁰ UFC que choisir, *Les marges de l'eau : comment restaurer la concurrence sur le secteur de l'eau ?*, 3 février 2006

²¹ Commission de la Concurrence, décision du 13 janvier 1981

La potentialité de voir un concurrent se positionner sur le marché jusque là occupé par un opérateur unique ne correspond pas à une concurrence directe mais cependant réelle. La théorie de la contestabilité met l'accent sur la libre entrée et libre sortie de l'opérateur sur le marché (1.3.2.1) ainsi que sur les perspectives de rentabilité (1.3.2.2).

1.3.2.1- Deux caractéristiques à prendre en compte : libre entrée et libre sortie

La libre entrée et libre sortie expriment la nécessité d'obtenir de faibles coûts de positionnement sur le marché pour de nouveaux acteurs. Libre sortie signifie que l'opérateur ne doit pas être confronté à des coûts irrécupérables prohibitifs à un autre positionnement futur. L'entrée libre peut être « barrée » par une technique non maîtrisée ou par des perspectives de profits insuffisantes. Ces barrières sont naturelles pour ce qui relève de la technique de production ou de la qualité du bien / service, ou stratégiques par des comportements prédateurs des opérateurs en place. Concernant le secteur de l'eau, on pourrait penser que l'oligopole s'explique par la nécessité d'avoir affaire à des groupes disposant d'une capacité d'investissement notable ou par l'existence d'économies d'échelle. Or le financement est le plus souvent assuré par les communes. Un crédit est contracté dont le remboursement est intégré au prix défini par convention. Sur le plan technique, les barrières sont également relatives²².

1.3.2.2- La motivation de l'entrant fonction de la perspective de profit

Autre facteur : la perspective de rentabilité. La distribution d'eau semble a priori profitable. L'entrant entrevoit l'accès à un marché assuré sur une période relativement longue : la durée du contrat de délégation, et la consommation, sauf exceptions, ne connaît pas d'importantes amplitudes de variation. Pour décourager les entrants, l'oligopole peut fixer un niveau de prix au niveau de celui du coût d'entrée du nouvel opérateur ; l'absence de perspective de profit le dissuade alors « d'entrer ». Mais la seule perspective d'une guerre des prix peut également être dissuasive. Dans ce cas, l'entrant considère virtuellement que la révélation de son arrivée va inévitablement mener à une baisse des prix dans un laps de temps assez restreint, ce qui ne lui permettra pas de profiter de son effort de positionnement.

La contestabilité du marché de l'eau ne rencontre pas de réels obstacles. La menace de voir de nouveaux candidats sur le marché exerce une pression à la baisse du niveau des prix. L'organisation de cette contestabilité est le moyen de faire entrer de la concurrence dans le régime de monopole.

La délégation de service public permet l'exploitation d'un service en situation de concurrence limitée mais il est important d'apprécier la mesure d'une concurrence potentielle.

Les modalités de production d'activités de service public et leur protection, dans une logique plus globale de promotion de l'intérêt général, imposent une structure productive qui tend naturellement au monopole et qui mobilise des infrastructures non substituables ou multipliables. Les services en réseaux locaux en sont une illustration appropriée.

Or la structure monopolistique présente des risques peu compatibles avec la satisfaction de l'intérêt général, compris comme maximisation des utilités des usagers.

²² Exemple de Veolia Water qui n'emploie que 350 personnes dans le monde pour ses activités de Recherche et Développement selon l'UFC que choisir

La réalité de la délégation de service public et en particulier dans le secteur de la distribution d'eau révèle ces dérives liées à une forte structure oligopolistique.

L'intensité concurrentielle constatée en la matière apparaît insuffisante, alors qu'elle est d'un intérêt primordial.

Dans un cadre légalement contraint, le but est alors d'ouvrir la concurrence lorsque cela est possible. La collectivité se doit de renforcer les facteurs de concurrence et le législateur tente de lui proposer des outils, des procédures renforçant la potentialité de concurrence.

2- La procédure de la délégation de service public au service de la concurrence pour le marché

La singularité de la DSP réside dans l'instauration volontaire d'un monopole alors que l'enjeu est de disposer d'une offre adaptée, de sélectionner un partenaire.

Le monopole légal signifie absence de concurrence traditionnelle par contrainte juridique, alors que la concurrence est un élément essentiel pour un fonctionnement si ce n'est optimal, du moins satisfaisant aux protagonistes de l'échange, c'est-à-dire satisfaction de tous les intérêts et surtout de l'intérêt général.

La délégation trouve sa raison d'être dans la possibilité donnée à la collectivité d'opter pour un régime organisationnel efficace. Ce choix est conditionné par sa finalité et encadré (2.1). La contestabilité est encouragée par des procédures légales (2.2) pour enfin tenter de mettre en place un scénario dans lequel l'opérateur devient un véritable partenaire (2.3).

2.1- Un choix d'externalisation encadré

Une opération de DSP procède d'une décision de gestion par laquelle la fourniture du service public est confiée à un opérateur externe. Si une marge de manœuvre est laissée à la collectivité, il existe tout de même un cadre minimum aménagé.

Selon un principe de libre administration, la collectivité est qualifiée d'organisatrice (2.1.1). Elle fixe les modalités d'exécution du service (2.1.2) pour le temps imparti (2.1.3).

2.1.1- La délégation : choix discrétionnaire de la collectivité publique

Toute personne publique arbitre (2.1.1.1) entre gestion interne ou externe (2.1.1.2) pour ses services publics, dans la mesure où ces derniers sont déléguables.

2.1.1.1- Le principe de libre administration

La collectivité peut opter pour la gestion déléguée pour assurer un service, tout comme elle peut décider de l'exécuter en interne. Elle ne souffre aucune tutelle, l'assemblée délibérante se prononce sur le principe de la délégation.

En 1982²³, la disparition de la tutelle a renforcé le principe de libre choix en supprimant l'approbation par l'Etat du choix des modes de gestion des services publics locaux. Ce principe constitutionnel est une nouvelle fois confirmé par la révision constitutionnelle

²³ Loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements, régions : suppression de la tutelle administrative du préfet et contrôle de l'action locale par le biais du juge administratif (il peut être saisi par le préfet).

du 28 mars 2003 qui voit une rédaction de l'article 72²⁴ de la Constitution expliciter comme suit que : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Ce principe constitutionnel est en sus présent dans le Code Général des Collectivités Territoriales (art L1111-1)²⁵.

Les collectivités territoriales sont affranchies de la tutelle de l'Etat et également de celle exercée par une collectivité sur une autre. Sur ce fondement, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur l'établissement ou l'exercice d'une tutelle sur une collectivité du fait d'une aide financière à la collectivité différenciée selon le mode de gestion. Le Conseil Général des Landes entend majorer son taux de subvention pour les travaux d'adduction ou d'assainissement de l'eau aux collectivités optant pour la gestion en régie par rapport aux collectivités en gestion affermée. Dans un arrêt d'assemblée du 12 décembre 2003, le Conseil estime qu'il n'y a pas de tutelle sur la collectivité puisqu'il n'y a pas d'obligation²⁶, mais le litige énonce de nouveau ce principe inhérent aux collectivités.

Le principe de libre administration est un principe vertical et horizontal.

Corollaire de ce principe, ce sont les assemblées délibérantes qui sanctionnent le choix effectué. Elles se « prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la Commission Consultative des Services Publics Locaux »²⁷. La CCSPL est instituée législativement²⁸ et se compose de membres de l'assemblée délibérante ainsi que de représentants d'associations locales. Elle rend un avis pour tout service public confié à un tiers par convention de DSP.

Au titre de mode de gestion locale de services publics, la délégation de service public est l'occasion pour la collectivité de faire prévaloir formellement, via son exécutif, ses compétences, et de promouvoir la démocratie de proximité.

Une même activité de service public peut être gérée différemment et c'est l'occasion pour la collectivité de s'affirmer en tant qu'autorité organisatrice locale.

2.1.1.2- Gestion interne et gestion externe : une concurrence entre modèles organisationnels

La logique de la gestion directe peut être opposée à celle de la gestion déléguée et la concurrencer dans une certaine mesure.

La régie directe se caractérise par la volonté politique de la collectivité de conserver la totale maîtrise de son service. En ce sens, elle agit contre un démembrement de l'administration. Cela se développe sur différents domaines. La collectivité crée son service de façon autonome et en assume les conséquences juridiques et financières. Juridique, puisqu'elle est responsable de sa gestion quotidienne : personnel et exploitation, et financière.

²⁴ Article 72 du Titre XII Des collectivités territoriales de la Constitution

²⁵ Article L.1111-1 CGCT « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus ».

²⁶ Le CE arrête sur un considérant principal : « l'accord ou le refus d'une aide financière à une collectivité n'établit ou n'exerce pas une tutelle ».

²⁷ Article L.1411-4 du CGCT

²⁸ Article 5 loi démocratie de proximité du 27 février 2002

Le principal handicap de ce mode de gestion est d'ordre financier. La budgétisation publique est mal adaptée car trop rigide pour la gestion de SPIC. Si la régie directe permet de subventionner l'activité par appel au budget général, le principe d'équilibre budgétaire rend difficile l'esquisse de programmes d'investissements pluriannuels. Les investissements doivent être initialement inscrits au budget et l'équilibre ne permet pas de dégager des disponibilités en avance et en prévision d'investissements futurs.

Le passage d'un mode de gestion à un autre est possible selon le principe de réversibilité des modes de gestion²⁹, bien que se heurtant à des rigidités. Des problèmes juridiques et financiers peuvent apparaître du fait des changements organisationnels, mais c'est surtout la perte de savoir faire consécutive du désengagement de la collectivité par rapport à une gestion du service en délégation qui compromet un retour en régie. L'exemple le plus célèbre d'un retour à la gestion en régie est celui de la ville de Grenoble. En 1989, le Conseil municipal de Grenoble décide de céder le service de l'eau à un opérateur privé dépendant de La Lyonnaise des Eaux. L'opération est le support d'une affaire de corruption condamnée, et un mouvement de « re-municipalisation » des services de l'eau est amorcé. Passant par une phase de gestion en société d'économie mixte, le service de l'eau de Grenoble est opéré en régie depuis le 1^{er} janvier 2000.

Il peut s'avérer stratégique de maintenir un retour à une gestion en régie crédible. C'est en effet, un facteur de concurrence. Le retour en régie reste une décision sanction face à un opérateur qui ne joue pas le jeu du partage de la rente d'externalisation. Dans certaines situations, la menace d'un retour à la régie est la seule concurrence subsistante. Ainsi, la Société des Eaux de Marseille est une filiale de la Lyonnaise des Eaux et de la Générale des Eaux. Sur cette grande métropole, les deux principaux opérateurs ne rencontrent aucune concurrence privée. Face à ce genre d'offre conjointe, la régie propose une alternative. De la crédibilité de cette dernière née une pression concurrentielle.

Si un arbitrage entre régie et délégation est théoriquement mené pour chaque contrat ou renouvellement de contrat, il est sans nul doute plus aisé de déléguer que de revenir à une gestion directe. La faisabilité économique de l'opération est la condition d'une pression concurrentielle effective.

2.1.2- Définition du service et fixation de la fonction de production

La collectivité territoriale délégante confie des biens existants : les infrastructures de distribution et d'assainissement d'eau au délégataire pour le fonctionnement du service. L'exploitant se fait rémunérer pour le service fourni mais ne définit pas de façon autonome sa fonction de production. Un cahier des charges décrit le service attendu (2.1.2.1) et des règles de durée et financières sont établies (2.1.2.2).

2.1.2.1- Le cahier des charges

Avant les lois de décentralisation de 1982 existaient des contrats et des clauses types. Depuis, ces derniers ne s'imposent plus mais restent des modèles. Le cahier des charges détermine au préalable les actions du producteur en notifiant l'objet et les obligations du service.

²⁹ Principe de « réversibilité des choix » réaffirmé dans le Charte des Services Publics Locaux de janvier 2002. Cette Charte est la formalisation d'actions convergentes des différents acteurs du secteur puisque regroupant les associations des régions, départements et communes de France ainsi que l'Institut de la Gestion Déléguée sous le parrainage du Sénat et la représentation du ministère de l'Intérieur.

Il fixe obligatoirement la nature des ouvrages nécessaires à l'exécution des services et les conditions de réalisation de ces ouvrages ainsi que la consistance des services et les modalités de leur exécution. Le délégataire se voit, via le cahier des charges, imposé les contraintes d'une activité de service public local. Il assume alors la continuité, l'égalité et la mutabilité du service public.

La continuité se définit comme la nécessaire satisfaction des meilleures conditions des besoins d'intérêt général, et ce de façon d'autant plus permanente qu'il s'agit ici de la distribution d'eau potable et d'assainissement. S'il y a égalité face au service public selon un principe constitutionnel reconnu dès la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, puis successivement par les Constitutions de 1946 et 1958, cela signifie égalité dans l'accès, dans le fonctionnement, et dans les charges pour toute personne se trouvant dans une situation identique. Ainsi le secteur de l'eau connaît une gestion locale et la tarification varie en fonction des bassins considérés, de la taille des communes ... Le principe d'égalité est aménagé puisque un traitement différent est appliqué à des catégories différentes d'usagers. Enfin la mutabilité est un principe selon lequel la puissance publique intervient dans la gestion du service délégué. La délégation n'est qu'une gestion indirecte et il ne s'agit pas ici d'en abandonner strictement la gestion. Vu la nature administrative du contrat, la puissance publique conserve des prérogatives d'intervention en vue d'adapter la prestation aux nouveaux besoins des usagers³⁰.

La gestion du service est déléguée mais le service fourni est défini par l'autorité organisatrice et est explicité à travers le cahier des charges.

2.1.2.2- Les règles de durée et les règles financières

La collectivité souhaitant passer une délégation de service public est soumise à des clauses particulières : des règles relatives à la durée et des règles financières.

Les services de distribution d'eau et d'assainissement sont relativement pérennes dans leur mode de fonctionnement et font de fait l'objet de contrats de longue durée. Cette durée est une « donnée stratégique »³¹. La délégation fixe la rémunération de l'opérateur en fonction des investissements et du service à réaliser dans les conditions de production au moment de la signature. Les gains de productivité dégagés en cours d'exercice constituent une source de profit supplémentaire. Plus la période de délégation est longue et plus la possibilité de dégager des gains de productivité, d'expérience est importante. Contrairement à l'intérêt de l'opérateur, la collectivité souhaite limiter cette durée afin de faire évoluer le service.

Afin de concilier, une fois n'est pas coutume, ces deux intérêts, la loi Sapin régit cette durée. L'article 40³² définit ainsi des principes relatifs à la durée totale de la délégation, au mode de détermination de la durée et aux exceptions en la matière. Une finitude est imposée et la période du contrat se justifie par son équilibre économique. Pour les concessions de service public, la nature et le montant de l'investissement sont pris en compte, car la durée doit permettre leur amortissement. Les contrats n'incluant pas la réalisation d'infrastructures spécifiques tels que les affermages sont, dans cette logique, de plus courte durée et déterminés selon un plan prévisionnel d'exploitation. La loi du 2 février

³⁰ CE 21 mars 1910 Compagnie Générale Tramways : l'exigence d'une prestation supérieure à celle prévue initialement ne provient pas du droit de la convention de délégation mais du fait que la puissance publique est puissance publique.

³¹ Yves Delaire, *La délégation des Services Publics Locaux*, Les indispensables, Berger-Levrault, 2002

³² Codifié à l'article L.1411-2 CGCT

1995³³, dans son article 75, vient compléter ces dispositions pour le secteur de la distribution d'eau potable et l'assainissement. Son article 75 impose une durée maximale de 20 années et précise les dérogations possibles. Si la durée normale d'amortissement est supérieure à 20 ans, si des investissements non prévus au départ et ayant des conséquences sur l'économie générale du contrat sont réalisés à la demande de la collectivité, ou si pour des motifs d'intérêt général la fin du contrat doit être reportée d'une année, la consultation du Trésorier Payeur Général est requise.

Des règles relatives aux clauses financières sont également explicitées : l'article 76 de la loi de 1995³⁴ supprime les droits d'entrée dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets.

Bien que libre de contracter, les collectivités doivent se soumettre à quelques règles financières et de durée.

Le service externalisé est prédéterminé sur son objet et ses objectifs ainsi que sur sa durée et son financement. C'est donc la fonction de production de l'opérateur qui est fixée en amont. L'option donnée à la collectivité n'est pas pour autant exempte de tout garde-fous.

2.2- La promotion de la contestabilité

Pour profiter au maximum de la délégation, l'autorité organisatrice doit pouvoir effectuer ses choix dans un milieu concurrentiel. Si l'on transpose la notion de contestabilité telle que définie par Louis Schweitzer³⁴ au secteur des services publics marchands délégués, « la contestabilité des positions acquises, c'est le laminage des marges et des rentes ». Le législateur et les collectivités territoriales doivent promouvoir cette contestabilité par une recherche et une diffusion d'information efficace (2.2.1) et par un usage rationnel et téléologique des candidatures (2.2.2).

2.2.1- La recherche et la diffusion d'une information suffisante

L'information est une nécessité pour la collectivité locale. Elle permet la comparaison, donne la capacité à la collectivité de connaître son domaine d'action de façon actualisée et d'optimiser ses exigences. L'information résulte de l'expertise publique (2.2.1.1) en complément de l'information fournie par les opérateurs privés (2.2.1.2).

2.2.1.1- Trouver et extraire l'information détenue par les opérateurs privés

Les intervenants directs sur l'exploitation du service de l'eau détiennent les informations importantes tant sur l'exercice en cours que sur les modes de gestion envisageables. L'information se trouve dans un premier temps auprès des opérateurs privés.

Avec la loi du 2 janvier 2002, codifiée à l'article L.1411-3 CGCT, le délégataire est tenu de communiquer à la collectivité un rapport annuel. Ce rapport comporte les comptes traçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation, ainsi que l'analyse qualitative du service. Ce rapport est examiné par la commission consultative

³³ Loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement

³⁴ Forum du Medef « Entreprises et Grande Transformation » du 29 août 2005

des services publics locaux et est transmis à l'assemblée délibérante. Cependant le rapport « n'offre toujours pas aux élus locaux et aux usagers une information financière et technique claire et utile pour assurer la maîtrise du service »³⁵. Si l'on peut apprécier la fréquence de l'information, un biais subsiste. Selon la théorie de l'agence, l'opérateur détient véritablement l'information stratégique et cette asymétrie n'est pas entièrement corrigée par ce mécanisme.

Source d'information résiduelle : la collectivité peut décider de mener une consultation anticipée. Cela l'informe sur l'exercice en cours puisqu'une comparaison entre l'exploitation menée et une exploitation faisable est effectuée.

Une information de nature plus technique est accessible via les offres de candidatures. La diversité des concurrents accroît potentiellement les offres originales, innovantes et dans cette perspective, on peut noter l'influence de petits entrepreneurs ou encore à un stade virtuel, d'entrepreneurs étrangers. Le but est alors de favoriser les candidatures multiples. Un régime de publicité est établi par la loi Sapin³⁶ qui prescrit une insertion, au minimum dans deux publications dont une habilitée à recevoir des annonces légales et une seconde spécialisée au secteur économique concerné, afin de permettre aux opérateurs du secteur d'être informés des opportunités de positionnement. Une période de temps minimum est également fixée à un mois entre la date limite de réception des candidatures et la dernière publication. Les conditions de recevabilité des candidatures sont faibles selon une volonté de ne pas « exclure » d'opérateur de la compétition. Ces conditions relèvent d'une part de garanties professionnelles comme des titres professionnels, des capacités productives : personnel, matériels, équipements ; et de garanties financières d'autre part : capital, minimum de fonds propres, critères de chiffre d'affaires, cautions et garanties bancaires. A cela s'ajoute des critères liés directement à l'activité pour laquelle ils postulent puisque leur capacité à assurer la continuité et l'égalité au service public est examinée. La commission d'ouverture des plis dresse sur ce fondement la liste des candidats admis à présenter leur offre³⁷. Dans un souci de conserver la diversité et la pluralité des offres, la liste de tous les candidats ayant satisfait à ces exigences doit être établie³⁸.

Par ces divers procédés, la loi Sapin cherche à faire parvenir l'information à l'autorité délégante.

2.2.1.2- Une expertise interne d'intérêt général

Parce que l'asymétrie d'information est réelle dans la relation de délégation correspondant à la production privée de biens publics, il est important pour la collectivité de la rééquilibrer par sa propre expertise ou par une tierce expertise.

Le régulateur dans la théorie d'agence, qui n'a qu'une faible capacité d'expertise, connaît le service dont il a la charge « par procuration » dans la mesure où la plupart des informations lui sont fournies par son opérateur. La collectivité, appelée régulateur dans ce modèle, se doit de conserver un contrôle technique, juridique et financier du délégataire, sous sanction de légalité et juridictionnelle par les tribunaux administratifs et chambres régionales des comptes. Ce contrôle justifie le mode d'organisation du service qui

³⁵ Cour des Comptes, *gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, rapport de décembre 2003

³⁶ Codifié R.1411-1 CGCT

³⁷ Commission créée par la loi du 11 décembre 2001, art L.1411-5 et liste établie selon art L.1411-3

³⁸ Il ne peut être décidé de ne retenir qu'un nombre maximal de candidats : CE 30 juin 99, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et- marnais.

la consacre autorité organisatrice. Les services propres de la collectivité doivent mettre en œuvre leurs compétences, à défaut, elles peuvent faire appel à des organismes distincts : services d'administrations déconcentrées ou bureaux d'études spécialisés.

La collectivité diffuse ses informations dans le but de limiter l'effet « prime au sortant » de l'opérateur en place, qu'il tire naturellement de sa rente d'information. Pour ce faire, la procédure de passation de délégation prévoit qu'une fois la liste des candidatures fixées, la collectivité communique un document contenant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations. Il ne s'agit pas d'établir un cahier des charges mais de compenser le déficit informationnel des prestataires « néophytes » sur le marché. La collectivité favorise ainsi le principe d'égalité entre les opérateurs pour le service.

L'accès à l'information est stratégique, certaines dispositions sont une tentative de traitement du déséquilibre en la matière.

2.2.2- Un usage complet des candidatures

La procédure d'examen des candidatures est organisée de telle sorte qu'elle doit permettre d'en tirer le maximum d'informations. L'examen des offres prescrit un traitement attentionné (2.2.2.1) de leur contenu (2.2.2.1).

2.2.2.1- Une étude non discriminante des offres

Il est dans l'intérêt de la personne publique d'avoir connaissance de nombreuses offres. La procédure favorise leur présentation et leur prise en compte.

Il n'existe pas de délai légal entre l'établissement de la liste des candidatures autorisées à présenter une offre et le recueil de ces dernières. Cependant il est question « d'un délai raisonnable »³⁹ ce qui permet à la collectivité d'arbitrer en fonction de la complexité du projet envisagé.

Une commission spécifique : la commission d'ouverture des plis est sollicitée⁴⁰. Elle se compose du Président de l'autorité délibérative, d'élus et de membres consultatifs, à savoir le comptable et un représentant du ministre chargé de la concurrence. La commission d'ouverture des offres intervient à ce moment donné de manière consultative. Cet avis donne suite à un rapport contenant les offres des candidats à l'attribution.

Ces propositions sont donc en totalité reportées et analysées.

2.2.2.2- Un contenu d'intérêt primordial

Les différentes propositions de candidats à l'attribution de la délégation de service public sont autant d'indices pour la collectivité délégante sur les coûts et efforts que ceux-ci sont prêts à consentir.

En considérant des opérateurs en situation concurrentielle puisqu'il est question de concurrence pour le marché, leurs offres comportent des propositions techniques, des propositions relatives à leur organisation. Lorsque de nombreuses entreprises soumissionnent et notamment de petites entreprises ou pourquoi pas, dans un futur proche, des entreprises étrangères, elles présentent des modes organisationnels innovants.

³⁹ Réponse ministérielle 18 novembre 1996

⁴⁰ La commission est mise en place lorsque la délégation intéresse, selon l'article L.1411-5, les régions, les collectivités territoriales de Corse, le département, les communes de plus de 3500 habitants et plus et les établissements publics.

Le traitement des candidatures disponibles est un enjeu dans la mesure où la collectivité est dans la capacité de réactualiser ses connaissances et exigences sur le service.

2.3- Au-delà du choix d'un opérateur, celui d'un partenaire

La sélection est particulière puisque adaptée à la relation qu'elle fait naître. Plus que la simple sélection d'un fournisseur, comme cela peut l'être pour les marchés publics, déléguer signifie sélectionner un partenaire. La procédure reste fidèle au principe de l'intuitu personae et l'aménage. Au terme d'une négociation souple (2.3.1), le cocontractant est sélectionné pour sa solution prix/qualité (2.3.2).

2.3.1- Une négociation souple

Si la procédure d'appel d'offres est restreinte depuis 1993 notamment, le principe traditionnel de l'intuitu personae est maintenu. Il caractérise une relation privilégiée et idéalement une relation de confiance entre les co-contractants. L'intuitu personae aménagé dans le cadre de la délégation de service public se décline en un choix relativement libre (2.3.1.1) et en un partage des rôles au niveau de l'administration locale (2.3.1.2).

2.3.1.1- Une liberté de choix

L'autorité habilitée à signer la convention exerce son choix librement mais non de façon arbitraire.

Elle mène la négociation mais la commission des offres se manifeste selon une compétence consultative. La commission se prononce ici sur les offres transmises via un rapport. Il formalise en fait un avis au vu de l'analyse des offres et établit schématiquement un classement des propositions.

La liberté de négociation est laissée à la collectivité sur les fondements de cet avis. Elle engage la discussion avec le ou les candidats qu'elle retient parmi ceux qui ont remis une offre. Une procédure de négociation entreprise avec un seul candidat, déterminé au préalable, ne peut être admise que dans le cas dit d'infructuosité c'est-à-dire lorsque aucune offre n'est proposée ou lorsque aucune offre ne peut être acceptée en l'état par la collectivité⁴¹. Si la collectivité n'est pas liée par l'avis préférentiel de la commission, son choix doit faire l'objet d'une motivation d'autant plus grande qu'elle diffère de l'analyse de la commission, notamment dans la perspective d'une approbation par l'assemblée délibérante.

Le maintien de ce principe de la libre négociation doit permettre à la collectivité d'améliorer les propositions retenues dans un premier temps, mais il constitue également une prime au sortant. Elle permet au titulaire de la délégation de connaître les offres de ses concurrents et de s'y adapter. L'effort ne correspond pas à une volonté de réactualisation du délégataire mais une remise à niveau a minima – un alignement sur la meilleure offre

⁴¹ L.1411-8 CGCT « Le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique. »

concurrente. Cette relation qualifiée de relation de confiance limite au final la substitution du titulaire par un autre.

2.3.1.2- Un exécutif au premier plan, contrôlé par l'assemblée délibérante

L'autorité habilitée à signer la convention de délégation mène la négociation et bénéficie pour ce faire des conseils de la commission des offres. Le choix ainsi effectué doit être approuvé par l'assemblée délibérante. Un possible désaccord peut porter sur la personne du délégataire ou sur les clauses de la convention ; dans ce cas, une renégociation est demandée et menée. L'assemblée est saisie du choix figé à ce moment précis : projet de contrat et économie générale. L'assemblée se prononce deux mois au moins après l'avis de la commission et quinze jours après la transmission des documents s'y reportant. Le droit issu de la loi Sapin met l'accent sur l'information des élus : elle devient une obligation légale. Doivent leur être transmis le document établi par l'autorité habilitée à signer la convention, les documents financiers ou techniques nécessaires à la compréhension de cette convention ainsi qu'une note explicative, une synthèse. Ils disposent théoriquement des moyens de s'informer et donc d'exercer un contrôle sur le choix de la solution retenue.

On peut indiquer ici que la convention ne recouvre un effet exécutoire qu'après transmission à l'autorité déconcentrée qui a quinze jours pour se prononcer. Suite au contrôle de légalité, la convention est enfin notifiée au délégataire.

2.3.2- La sanction de l'accord

La contractualisation vise à figer une situation au terme de la négociation. L'accord porte sur un couple prix/qualité initialement formalisé (2.3.2.1) et de nouveau actualisable (2.3.2).

2.3.2.1- Un premier accord formel sanctionnant la négociation

Le processus de négociation vise à déterminer pour un service défini en qualité, le niveau et la structure des charges liées.

La négociation s'appuie pour ce faire sur un compte prévisionnel d'exploitation. Apparaît ici le problème de la qualité de ce travail et de la sincérité de cette étude. Nombre d'élus décident de faire appel à des consultants extérieurs qui seraient plus à même de s'assurer de la cohérence entre coûts et service rendu.

Les difficultés majeures en matière d'appréhension des coûts de production et de distribution résident dans la réalité des frais de siège et des provisions pour renouvellement. Les premiers doivent strictement correspondre aux coûts relatifs aux mobilisations pour le service, à l'exclusion de coûts économiques issus d'une stratégie commerciale de l'entreprise. Les seconds doivent être esquissés au regard de travaux futurs et effectifs. Dans le cas où à des travaux prévus mais non réalisés une somme aurait été mobilisée, il doit être prévu que le reliquat soit reversé à la fin du contrat. La mobilisation est alors une seule réserve mais ne saurait être incluse directement dans la fonction de coût du producteur.

Le contrat initial correspond à une solution à l'instant t et cherche à instaurer le lien le plus direct et strict entre le prix et le service rendu.

2.3.2.2- La réactualisation des conditions d'exploitation

Ce premier accord laisse la place à la réactualisation en fonction des évolutions techniques, financières et administratives de réalisation du service. Deux procédés peuvent être mis en œuvre : la formule d'actualisation des prix inhérente au contrat et les avenants.

Les avenants à une convention de délégation de service public sont autorisés et donnent une possibilité de modification significative lorsque les conditions externes du contrat tel que celles de l'approvisionnement évoluent. Mais parce que le risque d'utilisation de cette technique à des fins d'affranchissement de certains tarifs ou conditions fixées par un jeu concurrentiel et une négociation laborieuse est grand, il convient de l'encadrer outre le principe fondamental de libre conclusion. Ainsi un avenant entraînant une augmentation supérieure à 5% du montant global initial doit être soumis pour avis à la commission de délégation de service public pour communication à l'assemblée délibérante compétente pour statuer. En règle générale, l'avenant ne doit pas modifier les conditions financières et tarifaires de la délégation de telle façon qu'il bouleverse l'économie générale du contrat ; dans une situation contraire, il convient de rédiger un nouveau contrat⁴² nécessitant bien entendu la mise en œuvre d'une procédure nouvelle⁴³.

La formule d'actualisation du contrat prévoit l'application d'un coefficient multiplicateur défini par une formule corrective incluant par exemples des paramètres tels qu'un indice d'évolution des salaires et charges salariales, un indice d'électricité moyenne, un indice relatif au matériels de chantier et des produits et services d'équipement, transport et outillage⁴⁴. Une attention toute particulière doit être portée à ces formules car le risque de distorsion est grand. La représentativité des paramètres est le gage que le coefficient d'actualisation reflète la réalité de l'évolution des coûts.

Les prix et la formule de variation sont révisés environ tous les 5 ans afin de refléter fidèlement la situation du service, le risque étant de saper des conditions tarifaires « arrachées » au délégataire lors de la phase clé de la négociation.

La phase de passation de la délégation de service public vise à l'instauration d'un partenariat efficient au terme d'une procédure séquentielle.

⁴² TA de Grenoble, 7 août 1998, Betto

⁴³ TA de Dijon, 5 janvier 1999, M. Denis Roycourt et association Auxerre écologie

⁴⁴ Formule corrective des tarifs de base de facturation, par avenant 14 et 15 à l'article 26 du traité d'affermage du 6 octobre 1970 de la Communauté Urbaine de Lyon à la Compagnie Générale des Eaux

Conclusion

La délégation de service public reste un partenariat public / privé particulier, dans la mesure où l'intérêt du service public, sa mise en œuvre, prime sur la recherche d'un financement aisé. Faisant intervenir un opérateur privé sur des activités sensibles parce que sociales, la collectivité organisatrice doit agir de telle sorte, qu'elle concilie sécurité juridique et performance économique.

La puissance publique intervient positivement à deux niveaux : pour organiser la concurrence sur les secteurs concernés et pour définir le cadre procédural de passation.

La concurrence nécessaire s'exprime alors par voies indirectes : contestabilité et concurrence pour le marché.

La puissance publique doit garantir la contestabilité sur les marchés régis en DSP. Substitut à une concurrence classique, elle garantit une productivité satisfaisante de la part du prestataire, à savoir des efforts en terme de qualité et de prix.

L'action administrative doit par ailleurs permettre à la collectivité de répondre à ses besoins selon un arbitrage équilibré des solutions qui lui sont ouvertes. Il s'agit de mettre en place une procédure rationalisée par étapes, visant à promouvoir la concurrence pour le marché.

La DSP est un Partenariat Public Privé issu de la tradition administrative française qui s'est adapté aux exigences nouvelles de transparence et de performance économique.

Ainsi, de multiples références juridiques trouvent à la réguler.

Si les normes communautaires n'encadrent pas, pour l'instant les DSP comme cela est le cas pour les marchés publics, on note une « infiltration » accrue par le renforcement du marché intérieur.

Les conventions n'entrent dans aucun cadre réglementaire communautaire fixe, mais sont le support d'activités économiques de fait soumises aux règles fondamentales relatives au marché intérieur et aux principes généraux dégagés par la Cour de Justice des Communautés Européennes⁴⁵.

⁴⁵ CJCE 7 décembre 2000 Téléustria Verlags Gmbh « nonobstant le fait que de tels contrats sont au stade actuel du droit communautaire exclus du champ d'application de la directive 93/98 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité, en général ».

Bibliographie

- Yves Delaire, *La délégation des Services Publics Locaux*, Les indispensables, Berger-Levrault, 2002
- Bernadette Straub, *Guide budgétaire et comptable de la Délégation de Service Public*, Le point sur, Berger-Levrault, 2004
- Mireille Berbari, Serge Briand, Jean-Eric Callon, Véronique Mirouse, Jean-Marc Peyrical, Gwenaëlle Ribault, *Délégations de service public*, Administration territoriale, guide pratique, Litec, 2000
- Eric Delatour, Julien Antoine, Jean-François Davignon, Catherine Ribot, *La loi Sapin et les Délégations de Service Public, 10 ans d'application jurisprudentielle*, Affaires Finances, Juris classeur, Litec, 2004
- Anne-Isabelle Manier, *Départements et transports interurbains – d'autorités organisatrices à autorités délégantes*, thèse d'université de sciences économiques, économie des transports, 1997
- Thierry Kirat, *économie et droit du contrat administratif*, la documentation française, 2005
- Bertrand du Marais, *Droit Public de la régulation économique*, Amphi, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004
- Jean-Luc Albert, *La politique française de la concurrence*, Institutions publiques, 1992
- Marie-Anne Frison-Roche, Sébastien Bonfils, *Les grandes questions du droit économique*, Introduction et documents, puf, 2005
- Michel Vaté, *Leçons d'économie politique*, Economica, 8^{ème} édition, 1999
- Pierre Delvolvé, *Droit Public de l'Economie*, Précis Dalloz, 1998
- Patrice Cossalter, Dominique Deporcq, *Gestion locale et prévention de la corruption*, La lettre du cadre territorial, dossier d'experts, mai 93
- La gazette des communes, des départements, des régions : *Colloque Institut de la gestion déléguée – 10^e anniversaire de la loi Sapin*, 5 mars 2003
- Cour des Comptes, *Rapport de décembre 2003 sur la gestion des services publics d'eau et d'assainissement*
- Conseil de la concurrence, *avis du 31 mai 2000 relatif à la demande d'avis de la Commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France*
- Chambre Régionale des Comptes de Bretagne, *Rapport d'observations définitives de sur la gestion des exercices 1996 à 2000 et de la commune de Ploudalmezeau*

- **Site du centre d'information sur l'eau :** <http://www.cieau.com>