

RÉHABILITER ET REPENSER LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

par Nil SYMCHOWICZ

*Avocat au Barreau de Paris, professeur associé en droit public
à l'Université Paris-Panthéon-Assas*

Il y a presque 30 ans, l'*AJDA* nous avait permis de publier certaines critiques que l'on pensait devoir formuler à l'encontre de la décision *Préfet des Bouches-du-Rhône* du 15 avril 1996¹. Les lois n° 92-125 du 6 février 1992, et n° 93-122 du 29 janvier 1993 avaient en effet créé une catégorie nouvelle de contrats labellisée « délégation de service public » (DSP) et une large part de la doctrine² avait nourri l'espoir qu'elle puisse englober tous les contrats portant délégation d'une mission de service public, en dépassant la distinction entre marchés publics, soumis au Code des marchés publics de l'époque, et contrats de concession bénéficiant, quant à eux, d'une liberté contractuelle très peu encadrée. Cette position, qui pouvait s'appuyer sur un avis du 7 avril 1987 du Conseil d'État, relayé par une circulaire du ministre de l'Intérieur du 7 août 1987, a été réfutée par la décision *Préfet des Bouches-du-Rhône*. La jurisprudence sera confirmée cinq ans plus tard par la loi MURCEF du 11 décembre 2001, qui définira la DSP comme « 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 ».

1. N. Symchowicz, « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence "Préfet des Bouches-du-Rhône" », *AJDA* 1998. 195.

2. Thèse défendue par de très nombreux auteurs (v. les références citées dans notre article préc.).

La création de la DSP n'a donc pas constitué une révolution : elle a simplement permis de mettre à jour les notions classiques de concession, d'affermage et de régie intéressée, dont l'usage avait évolué au point de ne plus correspondre à leurs définitions traditionnelles en droit administratif³. La notion, en apparence nouvelle, visait simplement à refléter l'évolution des pratiques, devenues plus mixtes et moins attachées aux cadres traditionnels. La rémunération par les seuls usagers n'était à cet égard plus la règle, d'où l'émergence du terme fédérateur de « délégation de service public ».

En 2008, le Conseil d'État précisera que la rémunération du délégataire ne pouvait être considérée comme substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation qu'à la condition de laisser « une part significative du risque d'exploitation (...) à la charge de ce cocontractant⁴ ». Il n'avait pas le choix. Élaborant en effet sa propre conception de la « concession », terme emprunté par le droit de l'Union au droit français pour désigner des contrats ayant le même objet que les marchés publics, mais s'en distinguant par le fait que la rémunération provenait d'un droit d'exploitation confié au concessionnaire, éventuellement assorti d'un prix⁵, la jurisprudence⁶ puis le législateur communautaires, avec la directive 2014/23, ont en effet érigé le risque économique en critère majeur de distinction des marchés et des concessions, qu'elles portent sur des travaux ou des services. La transposition de la directive 2014/23 par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 le confirmera en donnant naissance à une notion nouvelle, en droit français, de concession, laquelle consiste à confier « l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix⁷ ».

3. Dans ses célèbres conclusions sur la décision *Cie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, le commissaire du Gouvernement Chardenet l'identifiait comme « le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers (...) » (*Lebon* 125). La concession se distinguait de l'affermage, en ce que, dans ce dernier contrat, le cocontractant se voyait remettre les ouvrages du service, à charge pour lui de verser en contrepartie une redevance de mise à disposition à la collectivité.

4. CE 7 nov. 2008, *Dpt Vendée*, n° 291794, *Lebon* 805 ; *Rev. CMP* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert, *Rev. CMP* 2008, comm. 296 ; L. Richer, *AJDA* 2008. 2454 ; concl. M. Boulouis, *BJCP* 2009, p. 55 ; note Le Chatelier, *ACCP* mars 2009, p. 59.

5. Dir. 89/440/CEE du 18 juill. 1989 transposée en droit interne par l'art. 11 de la loi n° 91-3 du 3 janv. 1991 puis dir. 2004/18/CE du 31 mars 2004.

6. Par ex., CJCE 18 juill. 2007, *Commission c/ Italie*, aff. n° C-382/05, pt 34, *Rec. CJCE* 2007, p. I-6659 ; *Rev. CMP* 2007, comm. 238, *Rev. CMP* 2007, comm. 238, obs. W. Zimmer ; CE 25 mai 2018, *Sté Philippe Védiaud Publicité*, n° 416825, pt 2-3, *Lebon* ; concl. G. Pellissier, obs. R. S., *BJCP* 2018, p. 320 ; CE 4 mars 2021, *Dpt Loire*, n° 438859, pt 2-3 ; *Lebon T*.

7. CCP, art. L. 1121-1.

Le transfert d'une mission de service public, qui occupait une place centrale dans la définition de la délégation de service public a disparu. Il n'est identifié nulle part. Il peut donc apparaître sous n'importe quelle forme contractuelle.

De fait, dans les textes relatifs aux concessions, l'expression « concession de service public » n'est même pas employée, le Code de la commande publique (CCP) se contentant d'indiquer, que les contrats de concession de services, parfois, « peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public », l'article L. 1121-3 du Code de la commande publique ajoutant que : « La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales. » Ce qui conduit à ranger dans un même cadre juridique des concessions qui portent sur l'exploitation d'un service public et d'autres pas. Cela revient également à considérer comme équivalentes des concessions passées par des personnes privées (ayant la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice) et publiques, à tenir pour similaires des contrats administratifs et des contrats privés.

La même observation vaut pour les marchés publics. Les textes les concernant, sauf pour les marchés de partenariat qui peuvent porter sur « la gestion d'une mission de service public⁸ », se bornent à définir le marché de services comme le contrat « qui a pour objet la réalisation de prestations de services⁹ ». Mais à l'évidence, ces prestations de services peuvent aller jusqu'à la gestion déléguée d'un service public¹⁰. Ce que l'on peut appeler ainsi « marchés publics de gestion déléguée » ou « marchés de service public » se noient dans la réglementation générale des marchés publics. Cette dernière fait coexister, à l'instar des concessions, des contrats de droit privé et des contrats de droit public, des contrats à objet très limité et d'autres transférant la responsabilité de la gestion d'une mission de service public.

Le débat concernant les définitions des contrats de la commande publique semble donc bien clos depuis désormais un certain nombre d'années. La réforme des directives sur la commande publique étant lancée, on voudrait toutefois tenter ici de souligner l'intérêt qu'il y aurait de revenir sur ces acquis en singularisant, une fois pour toutes, la catégorie des « délégations de service public », entendues comme *l'ensemble des contrats ayant pour objet principal de confier à un opérateur économique la responsabilité de la gestion d'une mission de service public, indépendamment de la forme du contrat ou du*

8. CCP, art. L. 1112-1.

9. CCP, art. L. 1111-4.

10. Tout en plaçant pour une qualification de la gérance en marché public, C. Bergeal soulignait que : « La gérance constitue, avec la concession, l'affermage et la régie intéressée, l'un des quatre grands types de contrats portant délégation de service public », concl. sur CE 8 avr. 1999, n° 156008, *Lebon T.* ; *AJDA* 1999. 517.

mode de rémunération. Le critère de distinction des contrats en vigueur basé sur la rémunération du cocontractant apparaissant inapproprié, cela nous paraît commander une unité retrouvée de la notion de DSP qui devrait conduire à une réunification de son régime juridique.

I – ABANDONNER LE CRITÈRE INAPPROPRIÉ DE LA RÉMUNÉRATION

La commande publique se résume donc à deux catégories de contrats – les concessions et les marchés – distinguées uniquement en fonction du mode de rémunération du cocontractant. Pour qualifier un contrat, seul l'objet devrait compter. La rémunération, elle, est un critère inapproprié.

A. Faut-il rappeler que l'intérêt d'une classification efficiente des contrats est « d'aboutir à la mise en œuvre d'une réglementation générale, attachée à chaque catégorie de contrats, qui s'appliquera automatiquement à chaque contrat spécial non réglementé dès que l'on aura déterminé la catégorie à laquelle il appartient¹¹ » ? Classer, c'est qualifier, et qualifier, c'est déterminer un régime juridique¹².

La doctrine civiliste nous enseigne que « c'est l'obligation caractéristique convenue qui permet de qualifier le contrat¹³ » et, d'ailleurs, « en général il ne faut pas prendre en considération l'obligation monétaire, qui n'est pas significative de sa nature¹⁴ ». L'objet du contrat en constitue le centre de gravité : c'est lui qui détermine le régime juridique applicable. Ainsi, une vente immobilière ne relève pas du même régime qu'une vente de denrées alimentaires, et un bail d'habitation diffère d'une location de véhicule ou de cheptel, en raison de la nature de ce qui est loué. La rémunération, bien qu'importante, reste un aspect accessoire. Baser la qualification juridique d'un contrat uniquement sur son mode de rémunération revient à ignorer l'essentiel : le contenu de la relation contractuelle.

D'habitude, au demeurant, cette approche est bien celle du juge administratif et du juge européen, y compris en droit de la commande publique. C'est en effet l'objet et lui seul qui permet de déterminer si un contrat relève de la commande publique¹⁵ et de distinguer le marché de travaux du marché de service, et la concession de travaux de la concession de service¹⁶.

11. J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse, LGDJ, 1969, p. 122.

12. J. Julien, « Sonder les cœurs et les reins, ou de la qualification contractuelle », in M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification contractuelle*, LGDJ, 2015, p. 67 ; F. Chénédec, « Les classifications des contrats », *Dr. et patr.* mai 2016, p. 4.

13. P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020.

14. Préc.

15. CE 3 avr. 2024, *SCI Victor Hugo 21*, n° 472476, *Lebon* ; *JCP Adm.* 2024, actu 202.

16. CJCE 19 avr. 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, aff. C-331/92, pt 17-29 ; S. Alber, concl. sur CJCE 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG*, aff. C-470/99 ; CJCE 18 janv. 2007, *Auroux*, aff. C-220/05, pt 42 et 46 ; concl. J. Kokott, pt 37-41. ; CE 26 juin 2015, *Grand port maritime de la Martinique*, n° 388867, pt 6.

Mais de manière assez déconcertante, l'objet du contrat ne compte cette fois pas pour distinguer les marchés des concessions. Seule compte l'obligation monétaire.

B. L'obligation monétaire comme paramètre d'identification du contrat de concession de service public et de son régime apparaît assez inappropriée.

Elle a, pour de mauvaises raisons, été seule prise en compte alors qu'elle ne rend pas compte de la réalité du contrat.

De fait, la *summa divisio*, basée sur le mode de rémunération, n'a pris en considération que des enjeux de mise en concurrence sans tenir compte de l'objet du contrat. Toute la distinction des contrats, dont l'onde de choc dépasse les procédures de dévolution, repose sur une idée assez simple exprimée par la directive 2014/23 dans son considérant 68 : « Les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et relevant normalement de leurs compétences. Dès lors, sous réserve du respect des dispositions de la présente directive et des principes de transparence et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices devraient disposer d'une grande latitude pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire. » C'est cette considération, et elle seule, qui justifie l'existence des concessions en droit de l'Union, puisque ce dernier ne se préoccupe pas du régime des contrats, ou ne le fait que concernant des questions qui ont un lien avec la mise en concurrence (modifications, durée).

La directive – considérant 18 – considère que : « La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. »

La logique adoptée par le droit de l'Union a pour source d'inspiration la tradition juridique française. Si son esprit a été retenu par le droit européen, c'est cependant au prix d'une illusion d'optique et d'un malentendu. Le régime singulier des concessions, aussi bien du point de vue de leur passation que de leur exécution, n'est pas lié à cette prétendue « caractéristique » de la concession, mais bien à l'objet du contrat.

En effet, conçus comme des contrats conclus pour répondre aux besoins des personnes publiques, et relevant d'une logique de « gestion retenue », les marchés publics étaient des actes d'achat. Hormis l'application des règles générales applicables aux contrats administratifs, lorsque ces derniers avaient cette qualification (ce qui ne relevait pas toujours de l'évidence avant que la

loi ne s'en mêle¹⁷), l'exécution des contrats se rapprochait peu ou prou de leurs équivalents en droit privé¹⁸. Un achat était effectué ; un prix était payé. Cette logique justifiait le recours à des procédures très formalisées comme l'adjudication ou l'appel d'offres, et plus rarement à la négociation, dans des cas exceptionnels.

À côté de ces achats existait une logique contractuelle bien différente. Celle consistant non pas à acheter, mais à *confier* une prestation de service public ou de travaux publics en en déléguant l'exploitation sur le long terme. La gestion du service était déléguée, la rémunération était perçue sur les usagers ou, au terme d'une évolution de la pratique, sur l'exploitation. Ainsi, historiquement, le régime juridique de la concession a dans l'ensemble été forgé par l'idée que ce contrat a un objet très particulier : fournir une « prestation d'intérêt commun », permettant ainsi de le considérer comme un « contrat-coopération¹⁹ », que Maurice Hauriou assimilait à la « situation de deux conjoints astreints à une vie commune et dominés par la préoccupation du service public à gérer ensemble, comme les deux époux sont dominés par la préoccupation d'une famille à fonder et à élever²⁰ ». D'où le libre choix. Mais d'où, également, la mise en place d'un régime contractuel singulier, l'application de « principes du droit des concessions », consubstantiellement liés au fait qu'un concessionnaire est le responsable de la gestion du service public et est l'interlocuteur juridique des usagers. Et c'est pourquoi, pour ces contrats bien particuliers, aussi bien en raison de leur objet que du mode de rémunération, la règle classique, formulée bien avant 1993, était que les collectivités étaient libres de choisir leurs concessionnaires²¹ et n'étaient jamais obligées de respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence préalable prévues par le Code des marchés publics alors en vigueur²². Cette règle du « libre choix du concessionnaire » se justifiait, d'une part, rappelait Chapus, « par la considération que l'autorité administrative ne saurait déléguer l'exploitation d'un service public à une personne en laquelle elle n'aurait pas la plus grande confiance possible²³ », et, d'autre part, par la complexité des prestations confiées²⁴.

17. L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, portant mesures urgentes à caractère économique et financier, art. 3-I ; N. Symchowicz et P. Proot, « Vers la mort des critères du contrat administratif », *ACCP* juin 2001, n° 1, p. 54.

18. F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1981.

19. L. Richer, *La concession en débat*, LGDJ, 2014, p. 173.

20. Cité par L. Richer, *préc.*, p. 176.

21. CE, ass., 16 avr. 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, *Lebon* 97 ; concl. O. Dutheil de Lamothe, *RD publ.* 1986, p. 847 ; chron. G. Azibert et M. Fomacciarri, *AJDA* 1986. 284 ; CE 3 mars 1993, *Assoc. Amis forêt St-Germain*, n° 126719 ; *Dr. adm.* 1993, comm. 163 ; *RFDA* 1993. 615.

22. Par ex., CE 10 avr. 1970, *Beau et Lagarde*, *Lebon* 243.

23. R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., LGDJ, coll. « Précis Domat », 2001, n° 800.

24. CE, sect., 30 oct. 1936, *Sibille*, *Lebon* 936.

Au fond, la distinction entre marché et concession traduisait, sur le plan contractuel, la frontière classique entre gestion en régie et gestion déléguée. Elle était très exactement la même que la frontière entre marché public et concessions. Dans un marché public, l'administration, qui gère le service en régie, acquiert les moyens nécessaires à son fonctionnement. Dans une concession, elle en confie la gestion à un tiers.

Et ce sont ces considérations liées à l'objet du contrat, ajoutées à celles de la complexité d'une concession²⁵, qui ont justifié non seulement la mise en place d'un régime particulier de passation des concessions, mais également un régime de fond de ces contrats.

Or, le droit de l'Union a pris le sujet dans un mauvais sens. Pensant s'inspirer du droit français pour mettre en place une procédure de passation spécifique des concessions, il s'en est en réalité écarté. Pensant à travers le critère unique de la rémunération avoir identifié la moelle épinière d'une concession, il est en réalité passé à côté de ce qu'est une véritable concession.

Tout ceci ne serait pas trop problématique si les effets de la distinction proposée par le droit de l'Union et transposée par le droit français se limitaient à la passation du contrat.

Mais, l'application du critère de la rémunération déstabilise plus globalement la distinction entre gestion déléguée et gestion en régie.

Actuellement, le droit de la commande publique range en effet sous une même catégorie – qu'elle soit d'ailleurs marché public ou concession – des contrats de droit privé (pouvoirs adjudicateurs privés) et des contrats de droit public (pouvoirs adjudicateurs publics), des contrats ayant des objets bien différents. Certains portent sur la gestion d'un service public et d'autres ne contribuent même pas à l'intérêt général. Certains contrats ont pour objet l'exécution de travaux publics et d'autres de travaux privés. Bref, les concessions regroupent des contrats dont non seulement les obligations caractéristiques sont fondamentalement distinctes, mais de plus, dont les régimes juridiques sont très éloignés ou devraient l'être. Seule compte la façon dont le cocontractant est rémunéré. Il y a ainsi dans le Code de la commande publique une communauté de règles entre un contrat d'acquisition ou de location de photocopieurs et un contrat de gestion déléguée du stationnement payant ou d'une usine de traitement de déchets, pourvu que, dans tous ces cas, le cocontractant soit rémunéré sans assumer un risque d'exploitation significatif au sens de la jurisprudence. Il n'y a à l'inverse pas de communauté de règles entre deux conventions, ayant le même objet, les mêmes parties, les mêmes destinataires de la prestation, qui emportent dévolution de missions de service public, lorsque les conditions de la rémunération sont distinctes.

Revenir à l'objet du contrat, passer au second plan ou supprimer le critère de la rémunération permettrait de retrouver la délégation de service public.

25. Consid. 68.

II – RETROUVER LA NOTION DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

Comme un chat est un chat, une délégation de service public est une délégation de service public. Et la jurisprudence ne rate pas une occasion de le rappeler.

A. En effet un contrat qui a pour objet de déléguer la responsabilité de la gestion d'un service public, que le cocontractant soit rémunéré par un prix, ou qu'il le soit par des produits d'exploitation, ne change pas la nature profonde de ses obligations et son lien avec le service public²⁶.

Dans les deux cas, il s'agit d'une habilitation de personnes privées à gérer un service public²⁷. Alain-Serge Mescheriakoff, dans son ouvrage consacré au droit des services publics, a magistralement présenté ce qui constitue les différents « niveaux d'exécution du service public », en distinguant ce qui relève de la « maîtrise du service », de la « gestion du service » et de « l'exploitation du service²⁸ ». Le gestionnaire est la « personne qui organise et assure la prestation » et qui est entre autres « l'interlocuteur juridique de l'usager ». On peut ajouter à cela qu'un délégataire assume « la responsabilité de la gestion du service public²⁹ », ce qui explique au demeurant que c'est à lui, et à lui seul, d'assumer l'ensemble des faits générateurs de responsabilité du service public, sur le terrain de la faute comme sur le terrain de la responsabilité sans faute. À l'égard des usagers, comme des tiers³⁰. Le même auteur souligne que lorsque l'habilitation à gérer le service public est de cette nature, dans tous les cas, « on parlera alors de délégation de service public³¹ ».

26. D. Moreau, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA* 2003. 1418.

27. F. Sabiani, « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA* 1977. 4.

28. A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1997, n° 129 s.

29. CE 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, *Lebon* 807.

30. Sur cette question, L. Bahougne, « La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolvables », *RFDA* 2017. 1149 : dans une affaire jugée en 2006, le Conseil d'État a estimé qu'une simple collaboration au service public par une personne privée, engage la responsabilité du service public et donc de la personne publique (CE 20 déc. 2006, *Assoc. médecine d'urgence Estuaire de la Loire*, n° 262280, *JurisData* n° 2006-071204 ; concl. Chauvaux, *AJDA* 2007. 788). Mais, lorsque les conventions délèguent l'exécution d'une partie du service public, les dommages causés aux tiers n'engagent pas la responsabilité de la personne publique ayant consenti la délégation (CE, sect., 21 mars 1980, *Vanderiele*, *Lebon* 161, concl. D. Labetoulle) mais la responsabilité du délégataire, le cas échéant, devant le juge judiciaire (CE, sect., 19 déc. 1969, *Entreprise Delannoy*, *Lebon* 595 ; CE, sect., 13 oct. 1978, *Assoc. départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône*, *Lebon* 68).

31. Préc., n° 138.

Une délégation de service public caractérise donc un transfert de gestion et ainsi un transfert de responsabilités à l'égard des tiers comme des usagers ; il ne s'agit certes pas d'un transfert (impossible) de compétences, car la maîtrise du service public doit toujours demeurer entre les mains de la collectivité publique, mais l'habilitation à gérer un service public correspond à une logique d'externalisation et donc de retrait de la collectivité publique. *Concedere* ou *delegare* en latin ne traduisent rien d'autre que cette logique de retrait, d'éloignement de la personne publique commune à toutes les délégations. Et c'est le transfert de responsabilités qui constitue le socle commun des deux notions.

La référence faite dans la directive au transfert de « risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices », pour justifier une procédure plus souple de passation des concessions³², ne peut s'entendre restrictivement. Avec le transfert de responsabilités vient le transfert de risques. D'une part, un délégataire, quel qu'il soit, supporte bien d'autres risques que ceux liés aux aléas de l'exploitation économique rattachés à l'offre ou à la demande de prestation, à commencer par ceux liés à sa responsabilité. Il assume donc bien des risques liés à sa fonction même dans la chaîne d'exécution du service public. D'autre part, même lorsque le délégataire n'est pas exposé à un risque significatif au sens de la jurisprudence, son risque sera toujours plus important que celui supporté par la personne publique maîtresse du service public. L'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics ne supportent en effet jamais de risque réel d'exploitation, le risque de déficit pouvant être prévenu, à tout moment, par des « subventions » d'équilibre, des garanties de recettes, appelées ressources fiscales ou subventions croisées.

Dès lors, les motifs avancés par la directive 2014/23, et implicitement relayés par le Code de la commande publique pour singulariser le régime de formation des concessions, valent pour toutes les délégations de service public, et pas simplement pour celles relevant de la notion actuelle de concession.

À cela s'ajoute que, dans un contrat de gestion déléguée, quel que soit le mode de rémunération, l'usager du service public, bien qu'absent de la relation contractuelle, est au cœur des préoccupations de celle-ci ; il constitue même la raison d'être du contrat. C'est pour lui que le cocontractant a la responsabilité de concrétiser les célèbres lois du service public, à commencer par l'égalité de traitement et la continuité du service public et, à cet égard, sa mission est d'une nature particulière.

À cela s'ajoute, encore, que tout contrat de délégation de service public est complexe en raison non seulement de la répartition des tâches de maîtrise et d'organisation du service entre délégant et délégataire, mais également du fait de son bénéficiaire final qui est l'usager. Les

32. Dir. 2014/23, préc.

contrats de délégation de service public fourmillent à cet effet de clauses réglementaires³³.

En dépit de l'évidence d'une similitude d'objet du contrat et de rôle du cocontractant, le législateur s'obstine à considérer que le critère de la rémunération serait en soi décisif. Il ne faudrait pas le considérer pour ce qu'il est, mais pour ce qu'il révèle. Il ne faudrait pas se fier à son apparence, sa simple formulation, mais à son sens caché. En définitive, lui seul serait révélateur de la véritable habilitation à gérer un service public. Ainsi, Catherine Bergeal considérerait, dans ses conclusions sous l'arrêt *SMITOM* que : « Nous pensons qu'on ne peut considérer que le service public a été réellement délégué si la rémunération du cocontractant est indifférente à sa gestion du service. Nous ne concevons pas de délégation sans responsabilité³⁴. »

Cette analyse n'est pas convaincante. On peut en effet être parfaitement responsable de la gestion d'une activité de service public, c'est-à-dire assurer la gestion opérationnelle de l'activité et devoir répondre, le cas échéant, à l'égard des tiers et des usagers des dysfonctionnements du service public, sans forcément que la rémunération du cocontractant repose sur des aléas d'exploitation. Lorsqu'un service public est géré en régie, par définition, la collectivité publique ne supporte réellement aucun risque d'exploitation, elle n'en demeure pas moins le gestionnaire incontestable, responsable fonctionnellement et juridiquement de son exploitation. La définition légale de la DSP, à l'époque, ne disait au demeurant pas autre chose. Une DSP était « 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 ». Pour le législateur aussi, syntaxe oblige, il était donc bien possible de confier la gestion d'un service public, sans rémunération liée à l'exploitation.

D'ailleurs, la jurisprudence considère elle-même l'identité de nature fondamentale partagée par tous les contrats emportant délégation de service public.

Elle le fait, ce qui n'est pas la moindre des choses, pour trancher la question de savoir si un contrat est administratif ou ne l'est pas. Si l'on revient en effet aux sources de la distinction entre contrats publics et contrats privés, il faut relire (encore et toujours) René Chapus qui, analysant la portée de la jurisprudence *Époux Bertin*³⁵, range au nombre des contrats confiant l'exécution même du service public « les contrats de délégation de service

33. « Revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public », CE 9 févr. 2018, *Communauté d'agglomération Val-d'Europe agglomération*, n° 404982, *Lebon* 34 ; note G. Eckert, *Rev. CPM* 2018, n° 88 ; note Q. Alliez, *AJDA* 2018. 1168 ; L. Richer, *Dr. adm.* 2018, étude 8.

34. CE 30 juin 1999, *SMITOM Centre Ouest et Marnais*, n° 198147, *Lebon* ; concl. C. Bergeal, *AJDA* 1999. 714.

35. CE, sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *Lebon* 167 ; chron. J. Fournier et G. Braibant, *AJDA* 1956. II. 221 ; concl. M. Long, *AJDA* 1956. II. 272.

public (...) L'expression étant prise dans son sens premier et large (...) ces contrats se définissent simplement par le fait qu'ils ont pour objet de confier au cocontractant de l'administration la charge d'assurer, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, qui peut être aussi bien administratif qu'industriel et commercial³⁶ ». Cela suffit en soi à contredire la position exprimée par Catherine Bergeal.

Elle le fait également pour déterminer les missions susceptibles d'être confiées à un gestionnaire, en s'affranchissant de toute considération autre que la nature même de la prestation confiée, peu importe, évidemment, la façon, dont le cocontractant est rémunéré. Ainsi, dans son avis du 7 octobre 1986, le Conseil d'État formule la règle : « Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que, le service ne soit pas au nombre de ceux qui par leur nature ou par la volonté du législateur ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même³⁷. » Le Conseil constitutionnel considère lui aussi que la loi ne saurait autoriser « de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté³⁸ ». Cette jurisprudence, qui ouvre en tout état de cause la possibilité qu'un prestataire ne soit en charge que de tâches matérielles en support du service indélégal, traque les délégations illicites de gestion³⁹. Ce qui importe, c'est l'identification d'une véritable délégation et cette dernière sera révélée en fonction d'une seule chose : l'objet du contrat. Cela confirme encore que la qualité de délégataire de service public ne dépend donc que des missions confiées et que les contreparties monétaires sont indifférentes à cette reconnaissance.

B. Ce qui révèle au demeurant l'unité de la notion de DSP, c'est qu'en l'état du droit, de nombreuses règles sont communes à l'ensemble des délégations de service public, qu'elles caractérisent une concession ou pas.

Il en va ainsi, d'abord, des liens qui unissent tout délégataire de service public avec les usagers. Responsable de la gestion d'une activité de service public, le délégataire, titulaire d'un marché ou d'une concession, doit assurer le respect de l'égalité de traitement des usagers du service public ; il doit également répondre de son adaptabilité, de manière à assurer en toutes circonstances la continuité du service public. La gestion de l'activité dont il est en charge le conduit à devoir assumer ces obligations à la charge de tout gestionnaire de service public. Au demeurant, le législateur en fait lui-même l'aveu lorsqu'il indique, dans l'article 1^{er} de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 que : « Lorsqu'un contrat de la commande publique, au sens

36. R. Chapus, préc., n° 734.

37. CE, avis, 7 oct. 1986, n° 340609

38. Cons. const. 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC, spéc. cons. 19, JO 3 juill. 2003, texte n° 6.

39. L. Vanier, « *Saving Private Radars* », *AJDA* 2020. 130.

de l'article L. 2 du code de la commande publique, a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. »

Il en va également du régime des participations financières de la collectivité publique car, de fait, les compensations d'obligations de service public peuvent intervenir dans l'ensemble des contrats de délégation de service public, et c'est d'ailleurs une des conditions de l'application de la jurisprudence *Altmark*⁴⁰, que l'entreprise bénéficiaire ait effectivement la charge de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. Nulle référence, là encore, à la distinction entre les marchés et les concessions.

En droit de la comptabilité publique, pour distinguer des recettes privées des recettes publiques la distinction marchés publics-concession la *summa divisio* ne joue aucun rôle⁴¹. Comme l'a exprimé le rapporteur public dans ses conclusions sous cette affaire : « Il serait peut-être intellectuellement satisfaisant que la quasi *summa divisio* DSP/marchés publics soit un instrument infaillible de qualification des recettes autres que fiscales perçues par le cocontractant nécessairement "publiques" dans un marché, immanquablement privées dans une DSP mais il n'y a aucune raison logique pour que ce soit vrai : pourquoi les catégories du droit des contrats dont l'intérêt principal réside dans l'application de règles de publicité et de mise en concurrence seraient-elles pertinentes pour l'application du droit de la comptabilité publique ? » Et pourquoi, d'ailleurs, ne pas prolonger le raisonnement en l'élargissant ? Car il vaut de manière générale pour l'ensemble du droit régissant les rapports contractuels.

Quant au sort des biens d'un concessionnaire de service public, et notamment les biens de retour⁴², leur régime est prévu aux articles L. 3132-4 et L. 3132-5 du Code de la commande publique, et donc, en principe, applicables aux seules concessions au sens du code. La jurisprudence étend cependant les principes qu'ils consacrent aux marchés de service public⁴³. C'est une autre manifestation de l'unité de la notion de DSP.

40. CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00 ; note S. Rodrigues, *AJDA* 2003. 1739.

41. « Ne peuvent être qualifiées de recettes publiques les sommes correspondant au produit que le cocontractant tire de son activité propre d'exploitation d'un bien ou d'une prestation de services » : CE 26 juin 2019, *M. Lebel et autres*, n° 417386, *Rev. CMP* 2019, comm. 322, obs. J. Dietenhoeffer.

42. CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Rev. CMP* 2013, repère 2 ; note G. Eckert, *Rev. CMP* 2013, comm. 41 et 42 ; F. Llorens, *Rev. CMP* 2013, étude 7 ; *AJDA* 2013. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau et 724.

43. CAA Nantes, 10 janv. 2014, *SMITRED Ouest d'Armor*, n° 11NT03077, G. Eckert, *Rev. CMP* 2014, comm. 89 ; chron. Ph. Terneyre et S. Nicinski, *BJCP* 2014. 228 ; H. Hoepffner, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA* 2022. 2291.

III – RÉUNIFIER LE RÉGIME DES DSP

On pourrait après tout faire son deuil d'une mise en cohérence de la notion de DSP et finalement prendre acte de ce qu'au fond, il y aurait deux notions de DSP : l'une au sens du droit de la commande publique, l'autre entendue plus globalement. Cependant, une telle approche engendre de sérieux problèmes. Les uns liés au fait que des dispositions conçues pour protéger le service public ne sont applicables qu'aux seules concessions et devraient l'être à l'ensemble des contrats de service public ; les autres étant susceptibles de mettre en cause la possibilité même de conclure des marchés de service public.

A. Tout d'abord, la définition actuelle de la concession de service public conduit à extraire un certain nombre de véritables délégations de service public du champ d'application de règles ayant vocation à s'appliquer à toutes les DSP.

La loi du 29 janvier 1993 a institué pour les collectivités territoriales un régime spécifique, destiné non seulement à permettre aux membres de l'assemblée délibérante de statuer sur le principe même d'une délégation d'un service public⁴⁴, mais également à associer une commission consultative des services publics locaux comportant des représentants des usagers et des habitants intéressés à la vie des services publics locaux⁴⁵. À l'évidence, ces dispositions ont été conçues pour permettre aux élus et administrés de se prononcer sur la question politique d'un transfert de responsabilité dans la gestion d'une activité antérieurement gérée directement par la collectivité publique, ce que la presse qualifie parfois (à tort) de « privatisation » du service public. Nous éprouvons quelques difficultés à pouvoir considérer que l'intervention de ce vote politique puisse dépendre du fait de savoir si la convention de transfert de gestion de l'activité de service public contient des clauses de garanties de recettes ou concerne des usagers non captifs ou encore une participation financière de la collectivité trop importante.

Même au sein du Code de la commande publique (CCP), la qualification de délégation de service public en marchés publics conduit à écarter l'application d'autres règles importantes.

Le titulaire d'un marché public, pourtant en charge d'une véritable délégation de service public, ne devra pas être obligatoirement choisi sur la « qualité du service rendu aux usagers », ce qui est obligatoirement prescrit en matière de concessions de service public⁴⁶. Peut-on par ailleurs sérieusement envisager que « la vérification de l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers (...) devant le service public », recommandée par l'article L. 3123-18 du CCP « [l]orsque la gestion d'un service public est concédée », ne doive pas être conduite s'agissant

44. CGCT, art. L. 1411-4.

45. CGCT, art. L. 1413-1.

46. CCP, art. L. 3124-5.

de la passation d'un marché public de gestion déléguée ? *Quid* encore de l'application de l'article L. 3131-2 du CCP qui impose au concessionnaire d'un service public de transmettre à l'autorité concédante toutes les données essentielles à l'exécution du contrat, dès lors qu'elles ont été produites ou collectées dans le cadre de l'exploitation du service public ? La même observation peut être formulée concernant le rapport d'information à l'autorité concédante prévu à l'article L. 3131-5 du CCP dont on doit considérer qu'il n'a pas à être produit dans le cadre d'un marché public de gestion déléguée, alors que des informations très importantes relatives au fonctionnement du service public doivent y figurer.

B. La réunification de la famille des DSP nous paraît également devoir s'imposer en raison des innombrables problèmes juridiques posés par l'impossibilité pour ces actuels marchés de service public de se fondre dans le CCP.

La délégation de service public constitue le plus souvent un contrat global, mettant à la charge du délégataire des travaux et des services. C'est vrai pour la concession de services publics ou de travaux publics et c'est également vrai pour les marchés de service public. Les répercussions liées à la requalification de ces véritables délégations de service public en marchés vont bien au-delà des seules questions de mise en concurrence, qui avaient pourtant seules été prises en compte lors de la distinction initiale. Cette situation soulève des interrogations complexes, voire insolubles, pouvant même remettre en cause la légalité de ces contrats.

L'une des conséquences est l'application de l'article L. 2113-10 du CCP prescrivant l'obligation d'allotissement des marchés avec quelques possibilités d'y déroger prévues à l'article L. 2113-11. L'application de ces dispositions, dans toute leur rigueur, pourrait définitivement condamner les marchés de service public.

La seule échappatoire serait de les ranger au nombre des marchés de partenariat qui dérogent à cette règle, mais ce serait, là encore, un impact de la *summa divisio* assurément non souhaité par le législateur et altérant considérablement la liberté contractuelle des personnes publiques, le recours au marché de partenariat étant très restrictivement conçu⁴⁷.

Ensuite, de sérieux problèmes de financement et d'exercice de la maîtrise d'ouvrage paraissent se poser.

En droit de la commande publique, concernant la place de la maîtrise d'ouvrage et du financement privés des équipements publics, lorsque la situation est claire – paiement par un prix ou redevances perçues sur les usagers – les solutions sont claires. Dans le premier cas, hormis le cas particulier des marchés de partenariat, la maîtrise d'ouvrage privée est impossible⁴⁸.

47. CCP, art. L. 2211 à L. 2213-14.

48. CCP, art. L. 2411-1.

L'interdiction du paiement différé des prestations empêche par ailleurs un financement des ouvrages par le titulaire du marché⁴⁹. Dans le second cas, le concessionnaire est maître d'ouvrage *ès qualités*⁵⁰ et l'une de ses missions caractéristiques de son contrat est de financer les ouvrages.

S'agissant des contrats ne répondant pas à la définition de la concession mais caractérisant une délégation de service public, comme pourrait l'être, par exemple, un contrat déléguant la responsabilité de la gestion d'une cantine scolaire, mais dont les clauses révéleraient une prise de risque insuffisante du cocontractant, en raison de clauses de garanties de recettes figurant au contrat, l'application des dispositions précitées engendre de sérieux problèmes.

La perception de redevances sur les usagers pourrait ainsi permettre de ne pas identifier un paiement différé des prestations prohibé, puisque les investissements seraient réalisés grâce aux recettes d'exploitation. De ce point de vue, un financement privé des équipements serait possible.

Mais s'agissant de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, qui est évidemment liée à celle du financement, puisque c'est au maître d'ouvrage qu'il revient de financer les équipements, doit-on considérer que la qualification de marché public empêche toute possibilité de maîtrise d'ouvrage privé ou, au contraire, tirer toutes les conséquences de la définition jurisprudentielle de la maîtrise d'ouvrage⁵¹ et considérer que comme les ouvrages seront réalisés sous sa direction technique et seront utilisés par lui et ne seront pas remis à la collectivité leur achèvement, il peut être maître d'ouvrage ?

Nous retrouvons là un point de fragilité important du CCP. Son article L. 2410-1 dispose que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices projetant la construction d'un ouvrage et qui envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont maîtres d'ouvrage, ce qui emporte l'application du principe d'interdiction de se démettre de la maîtrise d'ouvrage mentionnée à l'article L. 2411-1. En toute rigueur, il faudrait considérer, de ce point de vue encore, que la qualification de marché public d'une DSP devrait conduire nécessairement à l'illégalité du marché, à moins qu'elle ne se fonde dans le moule du marché de partenariat permettant le recours à la maîtrise d'ouvrage privée⁵². À moins, encore, mais c'est une autre question non résolue, de considérer que la combinaison des jurisprudences *Région Midi-Pyrénées* de 1991⁵³ et *Sofap Marignan immobilier* de 1994

49. CCP, art. L. 2191-5.

50. CE, sect., 26 nov. 1971, *Lebon* 923 ; concl. M. Gentot, *RD publ.* 1972, p. 239 ; CE, sect., 3 mars 1989, *Sté Autoroutes région Rhône-Alpes*, n° 79532, *Lebon* 69, concl. E. Guillaume ; CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, n° 297509, *Lebon* 667-825 ; concl. N. Boulouis, obs. R. S, *BJCP* 2009, p. 379.

51. CE, sect., 25 févr. 1994, *SOFAP Marignan immobilier*, n°s 114641 et 145406 ; concl. J. Arrighi de Casanova, *RFDA* 1994. 510.

52. CCP, art. L. 112-1.

53. CE, sect., 8 févr. 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres* ; concl. M. Pochard, *RFDA* 1992. 48 s.

puisse conduire à considérer qu'une collectivité publique peut valablement s'extraire de l'application de l'article L. 2411-1 du CCP, lorsque sa volonté n'est pas de se comporter en quasi-maître d'ouvrage dans le processus d'exécution des travaux.

Autant de sujets sources d'insécurité juridique.

*
* *

Les questionnements infinis autour de ce qui caractérise un transfert de risque économique suffisant, et donc une concession au sens du droit de la commande publique, nuisent à l'intelligibilité du droit et donc à la sécurité juridique, quand ce n'est pas à la liberté. La directive 2014/23 avait pour ambition de résoudre les problèmes de qualification juridique⁵⁴. Il n'en est rien. Les praticiens éprouvent systématiquement des difficultés à qualifier le contrat projeté lorsque doit être mise en place une situation contractuelle intermédiaire, c'est-à-dire un contrat où le cocontractant n'est pas rémunéré par un prix ou intégralement rémunéré par des recettes d'exploitation perçues sur des usagers ou des tiers. La fameuse zone grise entre ces deux prototypes répondant aux définitions classiques du marché public et de la concession. Dans cette hypothèse, les décideurs locaux doivent alors prendre le pari que le risque sera « suffisant », « significatif », « réel » ou que le secteur d'activité justifiera un risque « très limité⁵⁵ », le tout en projetant des « conditions normales d'exploitation » comme le rappelle l'article L. 1121-1, alinéa 2, du CCP. Il s'agit, en mettant en œuvre tous ces mots-valises ou ces standards, d'appliquer les prescriptions tout aussi floues de la directive 2014/23 afin de savoir si le concessionnaire pourrait ne pas être en mesure « d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ».

Une ligne directrice absconse, des mots-valises, des standards incertains : le cadre actuel expose inutilement les collectivités à l'insécurité juridique et place les opérateurs économiques dans une incertitude permanente quant à la validité même des contrats auxquels ils candidatent. Cette instabilité, loin d'éclairer l'action publique, en freine la mise en œuvre.

En définitive, c'est la liberté des personnes publiques de choisir librement le mode de gestion de leurs services qui se trouve fragilisée – une

54. Consid. 18

55. CJCE 10 sept. 2009, *WAZV Gotha*, aff. C-206/08, pt 77, n° 37 ; CJUE 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, pt 33-35, n° 46 ; E. Sharpston, concl. sur CJCE 29 oct. 2009, *Club Hotel Loutraki AE et e.a.*, aff. C-145/08, pt 73 et 83.

liberté pourtant ancienne et désormais consacrée par les textes⁵⁶. Or, les collectivités peinent souvent à répondre à deux questions fondamentales : « Puis-je le faire ? » et « Comment le faire ? ». L'incertitude qui entoure ces réponses entraîne une forme d'autocensure, limitant leurs choix et restreignant, de fait, leur liberté. Et lorsque la collectivité, par prudence, s'autocensure dans le choix du mode de gestion de ses services publics, l'insécurité juridique ne disparaît pas : elle se déplace. Elle réapparaît alors sur le terrain de la validité même du contrat, car les marchés portant sur un service public s'intègrent difficilement dans le cadre du CCP.

Fondé uniquement sur des préoccupations de concurrence, le droit de la commande publique gagnerait à être réorienté pour mieux intégrer la logique propre aux contrats. Une telle correction semble d'autant plus envisageable que, dans la pratique, les procédures de mise en concurrence des marchés et des concessions, appliquées avec prudence par les collectivités, tendent à se rapprocher. La crainte des risques juridiques ou pénaux agit comme un régulateur, uniformisant les pratiques et rendant les distinctions procédurales de plus en plus théoriques. Il serait sans doute temps d'en tirer les conséquences.

C'est un tout autre débat, aussi vaste que celui sur lequel nous avons essayé de revenir à travers ces quelques lignes.

Il doit, lui aussi, avoir lieu. La réforme des directives en est l'occasion. Ou la suivante...

56. Consid. 5 de la dir. : « La présente directive reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services. En particulier, la présente directive ne devrait en aucune manière nuire à la liberté des États membres et des pouvoirs publics de réaliser directement des travaux ou de fournir directement des services au public ou d'externaliser ces prestations en les déléguant à des tiers. Les États membres ou les pouvoirs publics devraient garder la liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union, afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique. »