

TROIS VŒUX POUR LE DIXIEME ANNIVERSAIRE DE LA « LOI SAPIN »

« Faites trois voeux ; je les exaucerai ».
(Jacob et Wilhelm Grimm « Le pauvre et le riche » in *Contes*, 1812)

En 1993 la soumission des concessions et autres contrats aujourd'hui qualifiés de délégations de service public à une obligation de publicité et concurrence s'est heurtée à de fortes résistances au nom de l' *intuitu personae*. C'est aujourd'hui oublié et personne ne proclame plus une opposition de principe à une loi qui vise à prévenir la corruption.

Mais il est toujours possible de critiquer les « effets pervers » d'un texte et c'est ce qui n'a pas manqué de se produire à propos de la « loi Sapin ». Même en faisant la part de l'exagération, on ne peut s'empêcher de trouver la critique en partie fondées.

La critique pourrait être résumée à ceci que la loi Sapin serait « anti-économique ». Ce caractère anti-économique se révélerait à deux points de vue :

- Absence de conformité aux exigences de l'efficacité économique des effets de la loi sur les marchés de la délégation de service public ;
- effets néfastes sur l'économie contractuelle de la délégation de service public, héritière de la concession et de l'affermage.

Ces critiques ne sont, on le verra, qu'en partie justifiées et elles n'ont pas empêché la loi du 29 janvier 1993, codifiée pour les collectivités locales aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, de s'intégrer sans trop de difficulté au paysage juridique français et d'être globalement acceptée par les acteurs du marché des délégations de service public . Il n'en demeure pas moins que le texte, malgré les modifications apportées au fil des ans (1994, 1995, 2001, 2002), reste perfectible et que, plus largement, en dehors de la « loi Sapin » il faudrait envisager de rendre plus facile en droit français le partenariat public privé.

Concurrence sur les marchés des délégations de service public

Le but immédiat de la loi du 29 janvier 1993 était de renforcer les effets de la concurrence sur les marchés des délégations de service public. Pour cela, a été instaurée une procédure de publicité et transparence, une limitation de la durée des contrats, une interdiction de principe des avenants de prolongation.

A première vue, dix ans après l'entrée en vigueur de la loi, il pourrait sembler que les résultats escomptés n'aient pas été atteints ; en effet, l'ouverture aux nouveaux entrants reste limitée, de même que l'accès des PME aux délégations de service public. Ainsi, dans les principaux secteurs où est pratiquée la délégation de service public, comme par exemple l'eau potable et l'assainissement, le traitement des déchets ménagers, les transports urbains et interurbains, le chauffage urbain, etc...on constate que le marché, avant comme après 1993, est dominé par les délégataires traditionnels. Il pourrait donc sembler que la « prime au sortant » est tellement forte que l'obligation de publicité et de concurrence n'a qu'une portée réduite.

Dans certains cas, il semblerait même que la loi aurait eu des effets inverses de ce qu'elle recherchait, ce qui caractérise l'effet pervers. Ainsi, dans le secteur des transports elle a parfois renforcé la concentration parce que des petites entreprises de transport, qui concluaient auparavant des contrats librement avec les collectivités publiques, ne sont pas à même de se consacrer à la réponse à des procédures d'appel à la concurrence.

Mais, en matière de libéralisation des marchés, il convient de se placer dans une perspective temporelle suffisamment longue et ce serait certainement une erreur de n'envisager qu'une période trop courte après l'entrée en vigueur de la loi Sapin.

De surcroît, on doit tenir compte des particularités des marchés de la délégation de service public : il s'agit de marchés sur lesquels n'existe pas une concurrence permanente entre opérateurs (une concurrence sur le marché), mais seulement une concurrence périodique pour un droit d'exploitation d'un service public pendant une période déterminée (concurrence pour le marché). La concurrence s'exerce à l'occasion de l'attribution de nouveaux contrats ou du renouvellement des contrats venus à expiration et on s'aperçoit que cette concurrence est réelle.

Si l'on prend l'exemple de la délégation de service public sur le marché de l'eau, où les procédures d'appel à la concurrence concernent environ huit cents contrats par an, il s'agit véritablement d'un marché contestable, notamment en ce que le taux de ré-attribution est en baisse et surtout en ce que l'entrée potentielle sur le marché de nouvelles entreprises de petite ou moyenne taille d'une part, ainsi qu'une tendance d'entités publiques (syndicats intercommunaux ou mixtes) à venir concurrencer les entreprises privées, entraînent une importante pression sur les prix et oblige les opérateurs en place à faire des efforts de ce côté-là. L'appréciation des effets de la loi Sapin sur la concurrence ne peut donc être faite que secteurs par secteurs et sur une durée suffisamment longue.

Que les nouveaux entrants ne se soient pas multipliés n'est donc pas forcément l'indice de l'absence de concurrence. Ce n'est pas non plus l'indice d'un manque d'efficacité

économique, car, après tout, le maintien sur le marché de grands opérateurs peut être considéré comme le signe de leur efficacité et non comme l'indice de barrières artificielles à l'entrée, qui sont les seules dont la suppression doit être souhaitée, sauf à admettre que toute barrière est mauvaise («If everything that makes entry more difficult is viewed as a barrier are bad, then efficiency is an evil » Robert H. Bork *The Antitrust Paradox*, The Free press, Washington, 2^e éd., 1993, p. 195).

Prévention de la corruption

L'autre objectif important de la loi Sapin est la lutte contre la corruption et cela au nom, bien entendu, de la moralisation de la vie publique, mais aussi de l'efficacité économique puisque la corruption entraîne la mise en place d'une situation anti-économique, consistant en une inversion de la relation marchande normale : « d'un côté, le fournisseur se met à payer ; de l'autre, le client se fait payer. Des flux financiers apparaissent qui inversent le processus marchand ordinaire. » (A. Etchegoyen, *Le corrupteur et le corrompu*. Julliard 1995, p. 44). La corruption est donc anti-économique et sa prévention, qui passe par la transparence, est conforme aux exigences de l'efficacité économique.

A cet égard la loi Sapin a mis en place des procédures qui sont conçues pour rendre plus difficile la corruption ; il est certain que l'obligation de publier des avis d'appel à la concurrence, que l'introduction de la collégialité dans le processus de décision et l'obligation d'exposer publiquement les motifs des choix contractuels opérés rendent beaucoup plus difficile la corruption.

Pour autant, il n'est pas possible de voir dans ces techniques procédurales des solutions radicales pour éradiquer les pratiques déviantes ; il est bien connu que l'instauration de procédures est loin d'être suffisante à elle seule et qu'il est fréquent qu'elles aient pour effet non pas la suppression de la corruption, mais seulement le déplacement du moment ou des modalités de la corruption. Il est particulièrement difficile d'évaluer les effets de la loi sur la pratique, puisque la corruption est, par définition, clandestine, ce qui ne facilite pas le travail du statisticien. Rien ne permet, au demeurant, de considérer que, sous prétexte que quelques affaires ont défrayé la chronique, la corruption aurait été plus fréquente en matière de délégation de service public avant 1993 qu'elle ne l'était dans le domaine des marchés publics, en dépit de l'existence du code des marchés.

Psychose « réglementariste »

Faute de pouvoir lutter efficacement contre la corruption par la seule transparence, le législateur a mis en place un nouveau délit, couramment appelé délit de « favoritisme », qui consiste à passer un marché ou une délégation de service public en méconnaissant, plus ou moins consciemment, la réglementation. Le résultat de ce renforcement de la répression pénale est bien connu : les élus locaux et leurs collaborateurs et partenaires en ont incontestablement tiré la conséquence que le droit est quelque chose d'important. En matière de marché public, on a pu établir que les acheteurs publics en sont venus à faire une sorte de fixation sur le respect de la réglementation et cela, trop souvent, au détriment de l'achat aux meilleures conditions économiques (cf. J. Desmazes « Achats publics : la problématique conciliation des dimensions managériale et juridique de la responsabilité publique », *Politique et Management Publics* vol. 19, mars 2001, p. 81 et s.).

En matière de délégation de service public, le phénomène devrait être moins marqué, étant donné d'une part le plus faible attrait du moins-disant dû à la difficulté de comparer des offres souvent beaucoup plus complexes qu'en matière de marché public, d'autre part la moindre complexité, au moins en apparence, de la réglementation. Mais, la réalité est très différente.

Dans les cas nombreux où les prestations peuvent être décrites avec précision par le cahier des charges et où le tarif est très « affiché » (eau potable, chauffage urbain, restauration scolaire), on constate une très grande réticence de la part des décideurs locaux à donner la préférence à des offres qui, quelle que soit leur qualité, ne correspondent pas au tarif le plus bas. La crainte d'être accusé de favoritisme, jointe à la tentation de la facilité dans la motivation des choix, désormais obligatoire, pousse fortement en ce sens. La balance entre le prix et la qualité des prestations n'est souvent faite que dans les cas des délégations les moins courantes, où les prestations ne sont pas définies avec précision et comportent des conditions financières complexes (ouvrages d'art, casinos, centres de congrès, etc..).

Cette crainte est sans doute salutaire, mais elle pousse trop souvent à des décisions irrationnelles à terme, dans la mesure où la négociation tend à se réduire à l'alignement sur le prix le plus bas, au détriment de la pérennité et de la qualité du service. Peut-être faudrait-il réfléchir à une procédure de contrôle sur les offres anormalement basses, comme il en existe une en matière de marchés publics, même si le rapprochement systématique paraît peu souhaitable.

Interprétations paralysantes

Un effet regrettable, mais qui n'était pas inévitable, de la « loi Sapin » a été la méconnaissance, dans certains cas, de la nature de la concession et des contrats voisins, qui ont servi théoriquement de modèle à la catégorie nouvelle de la convention de délégation de service public.

En effet, la loi englobe dans un même régime juridique et une même catégorie de contrats des contrats de natures différentes. Ce n'est pas entièrement nouveau dans la mesure où il était courant de rapprocher la concession et l'affermage, ce dernier étant considéré comme un cousin de la concession ; mais la loi Sapin a contribué à accentuer le phénomène dans la mesure où elle a fait apparaître, à travers le critère de la rémunération assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation, que la différence entre le contrat qui confie la gestion déléguée du service et le contrat par lequel est fournie une prestation de service c'est-à-dire la différence entre la délégation de service public et le marché public de services peut être une question de degré et non de nature.

Cela peut conduire à la méconnaissance des caractéristiques essentielles de la concession.

Le contrat de concession ne peut pas être assimilé à une simple prestation de service ; il suppose une relation de longue durée dans des conditions assurant à l'investisseur la sécurité juridique, ce qui suppose la confiance, et compte tenu de son caractère global et nécessairement programmatique au moins en partie, ce contrat est nécessairement évolutif, ne serait-ce que pour respecter une des lois du service public, le principe d'adaptation. Force est de constater que les conditions de réussite de la concession ne sont toujours pas satisfaites actuellement, que ce soit au point de vue de la sécurité juridique ou à celui de l'évolutivité du contrat.

Sécurité juridique

L'accroissement des exigences procédurales, jointe à celle de l'efficacité des recours (notamment le référé pré contractuel) et au formalisme excessif du juge administratif font que le nombre de recours contre les opérations contractuelles s'est considérablement développé. Les conséquences de cette situation sont multiples : le financement des opérations est très difficile tant que les délais de recours ne sont pas expirés ou les affaires pas jugées, la rétroactivité des annulations est source de situations inextricables en cas de recours des usagers, le délégataire dont le contrat a été déclaré illégal ne peut, en pratique, se faire indemniser de ce chef s'il est candidat à sa succession.

Certes, il ne peut être question de faire prévaloir l'intérêt économique sur le respect de la légalité, mais il peut être envisagé d'améliorer la conciliation entre ces deux exigences, ce qui relève à la fois d'une accélération de la justice administrative, d'une prévention des recours abusifs et de l'abandon d'un formalisme excessif dans l'interprétation de la loi.

Une autre menace pour la sécurité juridique vient de la pratique de la « renégociation », qui est liée à la « loi Sapin » (modifiée en 1995) dans la mesure où elle l'est au renforcement des contrôles, renforcement qui était une nécessité, mais dont les conséquences sont parfois exagérées et dissymétriques.

La loi a entraîné la multiplication des audits sur les comptes des délégataires et elle a donné aux chambres régionales des comptes un rôle privilégié en matière de contrôle de la délégation de service public.

A la suite des audits des délégants et des observations des CRC (qui ont développé un véritable corps de doctrine en la matière), il est devenu de pratique courante que la collectivité publique exige la renégociation du contrat, et plus précisément, des prix. Compte tenu de la durée des conventions de délégation de service public, il est normal que des modifications soient apportées en cours d'exécution et personne n'est choqué de voir réduites les marges des délégataires si elles s'avèrent exagérées. Force est, néanmoins, de constater que la renégociation n'est pas toujours respectueuse de la bonne foi contractuelle.

Quand l'évolution des circonstances fait apparaître un déséquilibre en défaveur du délégataire, la notion de « risques et périls » du délégataire est couramment mise en avant pour justifier le *statu quo*, alors qu'en théorie le délégant a l'obligation d'assister son délégataire.

Quand les audits ou observations des CRC font apparaître une illégalité du contrat d'origine, les collectivités locales s'en servent comme levier pour la renégociation des contrats, ce levier étant particulièrement utilisé après un changement de majorité dans les organes délibérants. La renégociation se déroule alors dans un contexte peu propice à la libre expression du consentement de la part du délégataire, qui voit peser sur lui la menace de déclaration d'illégalité du contrat.

Dans ces conditions, s'il est incontestable que la loi a permis un rééquilibrage de la relation contractuelle, il l'est aussi qu'elle en facilite certaines perturbations et ce ne sont pas les seules.

Evolutivité du contrat

Qu'il s'agisse de concession ou de tout autre contrat confiant l'exécution d'un service public pour une durée suffisamment longue, il est nécessaire de ménager une certaine souplesse en laissant ouverte la possibilité de mettre en œuvre le principe d'adaptation, « loi du service public » selon laquelle le service public doit être adapté à l'évolution des besoins et des techniques.

Le principe d'adaptation du service public, notamment en matière d'investissement, a été reconnu par la loi Sapin puisqu'elle admet à certaines conditions que le contrat peut être prolongé pour faire face aux nouveaux besoins de financement apparus en cours d'exécution. Mais jusqu'à présent la jurisprudence des tribunaux administratifs est extrêmement restrictive étant donné que, dans la plupart des cas, les tribunaux considèrent que les nouveaux investissements, assortis ou non de prolongation, sont trop importants pour pouvoir faire l'objet d'avenants et annulent ces avenants au motif qu'ils introduisent un bouleversement du contrat, alors que la loi du 29 janvier 1993, article 40 (et l'article L. 1411-2 du CGCT) font de la modification de l'économie générale de la délégation une condition de la prolongation. Jusqu'à présent, la frontière entre la modification de l'économie générale et le bouleversement paraît à peu près inexistante. On ne peut qu'espérer que le Conseil d'Etat vienne la tracer.

En dépit de ces quelques effets pervers, dont aucune réforme n'est indemne, la loi de 1993 a plutôt orienté l'économie des délégations de service public dans le sens de l'efficacité économique, ce qui est normal, car les économistes s'accordent à considérer que la transparence est un élément de bon fonctionnement du marché.

Cela ne signifie pas que certaines modifications du droit applicable en la matière ne sont pas souhaitables.

Réformes

En dehors des évolutions jurisprudentielles souhaitables, certaines modifications de la « loi Sapin » et, au-delà, de textes qui contrarient le « partenariat public privé », dont la convention de délégation de service public est une des principales formes juridiques, sont obligatoires ou opportunes.

Exclusions

Une modification obligatoire porte sur l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 et l'article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales, qui dispensent de toute procédure

les délégations de service public attribuées à des établissements publics ou aux bénéficiaires d'un monopole. Ces dispenses sont trop larges à partir du moment où il a été jugé que les concessions de service public, au sens du droit communautaire, sont soumises aux principes du traité de l'Union, ce qui impose une publicité préalable (CJCE 7 décembre 2000 Telaustria). La négociation directe n'est possible, que si les conditions sont réunies pour qu'une dérogation soit apportée aux règles du traité dans le respect du principe de proportionnalité. La rédaction de la loi devrait donc être modifiée.

Procédure simplifiée

La procédure de la « loi Sapin », qui, en ce qui concerne les collectivités locales, est au moins aussi lourde que l'appel d'offres en matière de marchés publics, est justifiée pour des contrats importants comportant la réalisation d'ouvrages. Mais, elle ne l'est pas vraiment pour des délégations plus simples, notamment sous forme d'affermage. Il serait sans doute opportun de rehausser le seuil de la procédure simplifiée. Actuellement, la procédure simplifiée, qui est conforme aux exigences du droit communautaire, ne s'applique que lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou lorsque la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Il en résulte, par exemple (en se référant à des moyennes), que dans le domaine de l'eau potable, la procédure simplifiée ne s'applique pour un contrat de 10 ans que si la commune n'excède pas 250 habitants. Il ne serait pas inconcevable de rehausser le seuil à 200 000 ou 400 000 €, par analogie avec les seuils communautaires en matière de marchés de services.

Au-delà de la « loi Sapin », le PPP

En dehors de la « loi Sapin », on peut, pour terminer, envisager d'autres modifications, qui peuvent sembler opportunes, parce qu'il existe, dans notre système juridique d'autres facteurs de blocage qui empêchent la réalisation de certaines opérations, souvent en relation avec une délégation de service public.

On en citera trois.

En premier lieu, le principe d'inaliénabilité du domaine public contrarie très souvent la réalisation d'opérations, notamment en ce qu'il empêche de fournir aux établissements financiers des garanties réelles suffisantes, compte tenu des doutes qu'il introduit au sujet du sort des biens, par exemple en cas de résiliation anticipée des contrats. A cet égard il est

frappant de constater que le législateur, lorsqu'il attache une importance particulière à la réalisation d'opérations, s'empresse de supprimer ou de d'aménager l'inaliénabilité du domaine public.

En second lieu, on peut évoquer la loi sur la maîtrise d'ouvrage public du 12 juillet 1985. Par les restrictions qu'elle introduit à la possibilité d'être mandataire de maîtrise d'ouvrage ou à la possibilité de cumuler une mission de conception et une mission de réalisation, cette loi, fondée sur des raisons idéologiques plus qu'économiques ou de protection des deniers publics, élève des obstacles dont l'utilité n'est pas toujours évidente à la réalisation de certaines opérations. Là encore on constate que l'Etat, quand il souhaite à tout prix réaliser une opération, sait très bien écarter la loi.

Enfin, on peut regretter que le nouveau Code des marchés publics ait maintenu l'interdiction du paiement différé et par voie de conséquence supprimé l'intérêt du marché d'entreprise de travaux publics, alors qu'il eut été certainement possible d'encadrer plutôt que d'interdire ce type de paiement qui permet de réaliser des opérations en partenariat entre le secteur public et le secteur privé dans un cadre fort proche de celui de la délégation de service public.

Si le dixième anniversaire de la « loi Sapin » donne le droit de former trois vœux, ils pourraient, donc, être les suivants : quelques améliorations du texte, des modifications de certaines solutions jurisprudentielles, l'insertion de la délégation de service public dans un cadre plus large.

Laurent RICHER