

DÉFINITION, USAGES ET OBLIGATIONS DE CONTRÔLE
DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC (DSP)

1.1 - LES DSP EN FRANCE

L'expression « DSP » est apparue tardivement avec la loi Sapin¹ du 29 janvier 1993. Des arrêts majeurs du Conseil d'État sont venus préciser les critères de distinction entre DSP et marché public, dont notamment une rémunération devant être **substantiellement** assurée par le résultat de l'exploitation du service (« Préfet des Bouches-du-Rhône » (15 avril 1996)). La notion de « part substantielle » est précisée par l'arrêt « SMITOM » (30 juin 1999), soit 30% des recettes. Ceci suppose que le délégataire assume une part du risque d'exploitation (« Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI » (15 juin 1994)).

Néanmoins, il faudra attendre 2001 pour que soit donnée une définition précise de ce qu'est une délégation de service public.



La DSP 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. »²

Il existe à ce jour trois types de contrats de DSP : la concession, l'affermage et la régie intéressée (cf. [annexe 1](#)).

1.1.1 - Une pratique ancienne

Bien avant que les législateurs français et européen (cf. [annexes 2 et 3](#)) ne s'emparent du sujet en faisant progressivement passer ces contrats d'une liberté quasi absolue à un encadrement qui garde de la souplesse, c'est la jurisprudence qui en a précisé le domaine et les principes dans des décisions mémorables du début du XX^e siècle.

En fait, la gestion déléguée de service public est très ancienne. Elle abrite différents contrats pratiqués de très longue date par l'administration française dont les plus connus sont la concession, l'affermage et la régie intéressée. (cf. [annexe 1](#))

La DSP s'enracine dans l'histoire de la concession apparue sous l'Ancien Régime. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les concessions se développent notamment pour les voies navigables (canal des deux

¹ Décret d'application 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public.

² Cf. Article 1411-1 du CGCT issu de la loi MURCEF (Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001.

mers, de Briare et du Languedoc). A la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, âge d'or de la concession, l'État et les villes s'équipent en grands réseaux de communication (chemins de fer) et services urbains de proximité (éclairage public, téléphone, chauffage urbain, gaz, distribution d'eau potable et transports urbains). L'État ne tient pas à intervenir dans le domaine industriel et commercial et préfère recourir aux investissements privés pour financer les infrastructures des réseaux.

La seconde moitié du XX^e siècle voit l'essor et la multiplication des services publics locaux en réponse aux attentes des citoyens. Les lois de décentralisation et les transferts de compétences donnent un nouvel élan à la gestion déléguée locale. Les pratiques douteuses qui apparaissent au grand jour expliquent la loi Sapin du 29 janvier 1993 qui impose des règles de publicité et de transparence tout en affirmant le libre choix des élus en matière de mode de gestion.

Depuis, les textes et la jurisprudence font évoluer le régime de la DSP. En dépit de la concurrence d'autres outils contractuels et de l'influence du droit européen, la DSP reste un mode privilégié de gestion des services publics locaux.

1.1.2 - L'usage des DSP en France

Le champ de ce mode de gestion est très vaste. En effet, il concerne autant des services administratifs, que des activités industrielles ou commerciales. Les activités qui ne peuvent pas être déléguées en raison d'exigences légales, de prérogatives de puissance publique ou de la nature particulière du service sont peu nombreuses.

La circulaire NOR INTB8700232C du 7 août 1987, reprenant les termes de l'avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986, identifie deux catégories de services publics administratifs « non déléguables » :

- les tâches accomplies par les collectivités au nom et pour le compte de l'État (l'état civil, l'organisation des élections, la délivrance des permis de construire, les obligations militaires) ;
- les missions relevant de l'exercice même d'une prérogative de puissance publique (telles que l'exercice du pouvoir de police, l'édition de mesures réglementaires).

L'atlas de la gestion des services publics locaux dans les grandes villes de France paru en 2013¹ met en exergue l'importance et la diversité des secteurs concernés : eau, assainissement, déchets, transports urbains, stationnement, réseaux de chaleur, éclairage public, restauration collective, petite enfance, équipements sportifs et culturels, palais des congrès, etc. Il montre que ces services sont gérés de trois façons :

¹ Enquête conjointe de l'Institut de gestion délégué et de l'association des maires des grandes villes de France sur les modes de gestion des services publics locaux portant sur 98 grandes collectivités et leurs groupements.

- en régie directe par la collectivité,
- en ayant recours à la délégation de service ou
- en combinant les deux modes de gestion (collecte et tri des déchets en gestion directe et usine d'incinération en gestion déléguée).

Au rang des délégataires possibles, on trouve aussi bien des entreprises privées que des organismes mixtes ou publics. Quelques grands groupes sont emblématiques du modèle de DSP. Devenus internationaux, ils ont assuré leur croissance en apportant des services urbains à des communes de petite taille, aux moyens humains et financiers limités.

La DSP n'est pas l'apanage des grandes collectivités. Les petites y ont recours pour la gestion de leurs équipements. Les exemples abondent : camping municipal, casino, ramassage des animaux errants et gestion de la fourrière, marché de Noël, restauration scolaire, activités périscolaires ou encore, dans un autre registre fortement capitalistique, les remontées mécaniques des communes de montagne.



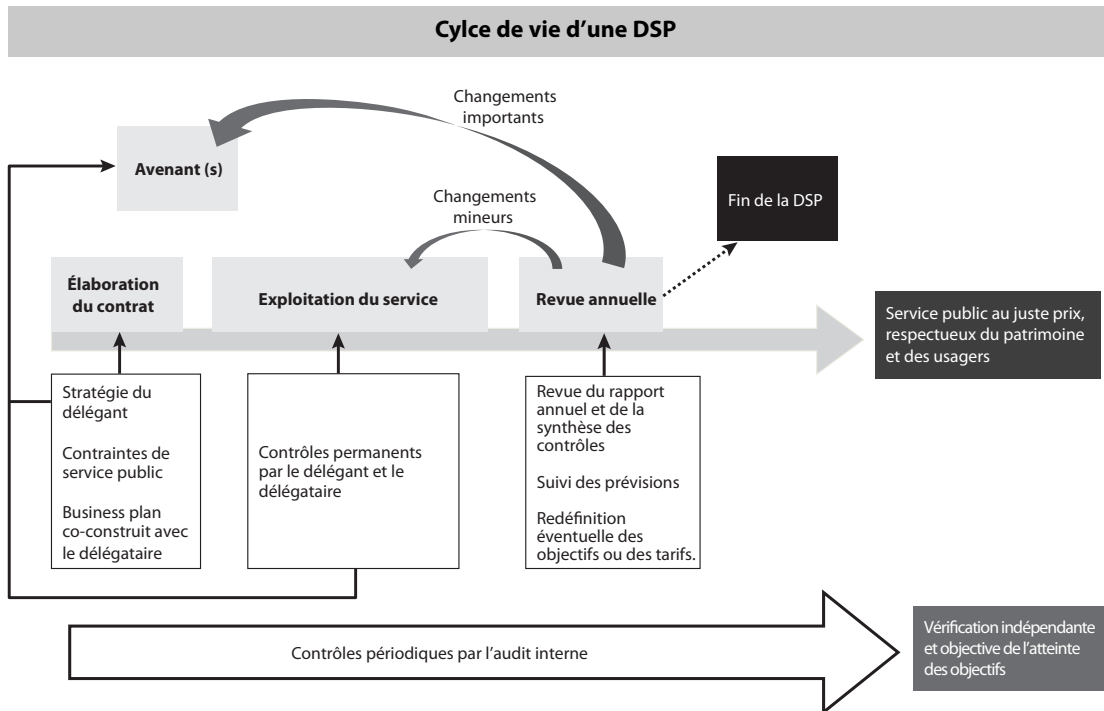
Le cas particulier où la collectivité est elle-même « concessionnaire »

C'est le cas des plages qui appartiennent au domaine public maritime de l'État et sont concédées aux communes. Celles-ci peuvent en « sous-concéder » l'exploitation privée à des établissements balnéaires (dans le respect du décret n°2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage).

1.2 - FONCTIONNEMENT DE LA DSP

La DSP ne se limite pas à la passation d'un contrat. C'est un processus dynamique sous-tendu par des flux financiers et d'information à maîtriser.

1.2.1 - Les temps forts d'un partenariat qui engage la collectivité sur le long terme



La DSP est un projet de long terme partagé entre la collectivité et le délégataire sur la base d'un partenariat régulièrement évalué. L'équilibre économique de la DSP est apprécié en amont de la contractualisation à partir des recettes, dépenses et flux financiers prévisionnels décrits dans un *business plan*.

Le contrat doit être suffisamment précis pour assurer le suivi des engagements réciproques et le contrôle des flux financiers et d'information qui en découlent. Ce document, négocié avec le délégataire, repose sur la stratégie définie par le délégant et des contraintes de services publics.

Des activités de contrôle permanent chez le délégant et chez le délégataire assurent une exploitation du service conforme aux termes du contrat. Elles visent notamment la qualité du service, la fiabilité des flux financiers et des données techniques et comptables.

Des échanges réguliers avec le délégataire rythment la vie de la DSP. Une revue annuelle est à minima nécessaire. Ces échanges permettent de déterminer les ajustements nécessaires dans l'exploitation du service (revue des objectifs, des prévisions des tarifs, etc.). Les changements importants peuvent donner lieu à des avenants (cf. [annexe 3](#) pour l'encadrement des avenants dans la directive « concessions »).

L'audit interne intervient de manière périodique pour contribuer à l'identification des enjeux de la DSP et à la maîtrise des risques sur l'ensemble du cycle de vie de la DSP. Cette évaluation est indépendante de celle effectuée de manière continue par les services chargés de la gestion du service délégué ou des contrôles permanents.



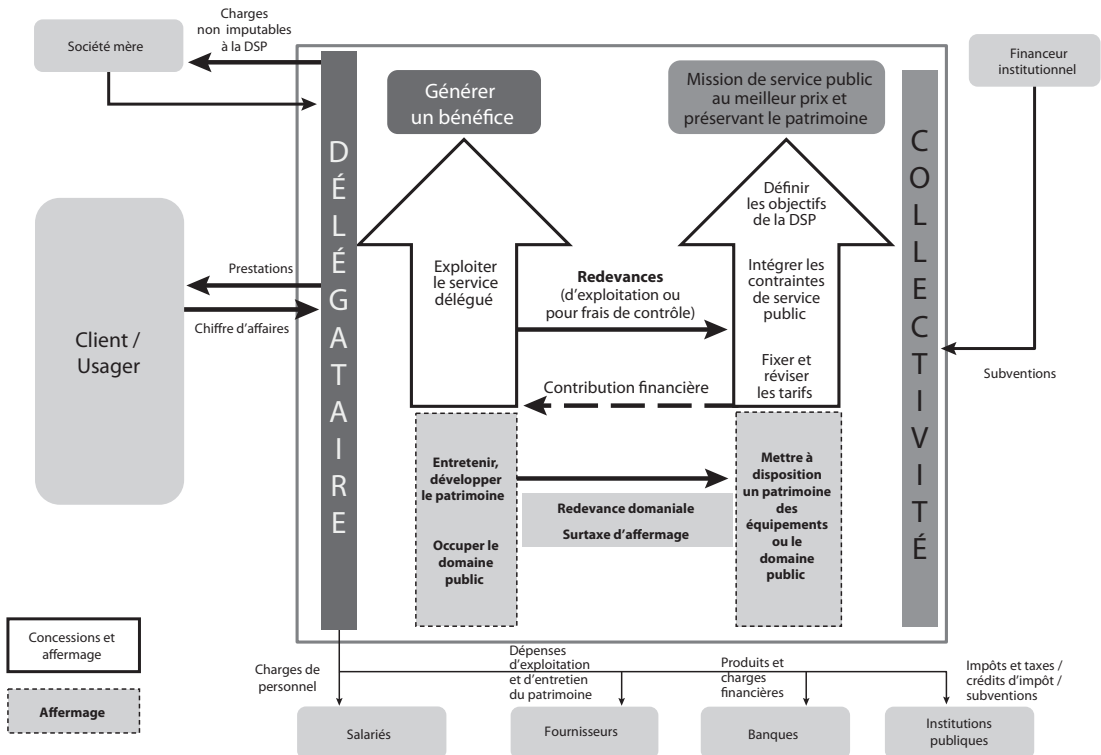
Clarifier le rôle des différents acteurs du contrôle

Trois niveaux de contrôle peuvent être identifiés :

- Le niveau 1 est celui des contrôles opérationnels réalisés par les services gestionnaires ; ils peuvent s'appuyer sur un tableau récapitulatif des obligations contractuelles (tarifs, horaires, propreté, périmètre, matériels de sécurité, etc.).
- Le niveau 2 consiste en des contrôles coordonnés faisant intervenir différents services de la collectivité sur des points précis (contrôle physique et comptable de l'inventaire, entretien et gros entretien et renouvellement (GER), hygiène et sécurité, accessibilité des personnes en situation de handicap ou à mobilité réduite (PMR), travaux, etc.).
- Le niveau 3 est celui de l'inspection générale des services ou de la direction de l'audit interne. Ce contrôle indépendant apporte une vision plus transversale de la DSP.

1.2.2 - Un partenariat générateur de flux financiers à maîtriser

La DSP : un partenariat pour l'exploitation d'un service public tarifé



Si l'objectif de la collectivité est d'assurer une mission de service public au meilleur prix tout en préservant son patrimoine, celui du délégataire est de rechercher avant tout un avantage financier. La DSP concilie ces deux objectifs par l'équilibre des flux financiers internes et externes (ces flux financiers sont développés en [annexe 4](#)) :

- d'une part, entre le délégataire et le délégant (redevances, contribution, taxes) ;
- d'autre part, avec les tiers (chiffre d'affaires, subventions provenant des financeurs institutionnels).

1.3 – LE CADRE DU CONTRÔLE DE LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

1.3.1 – La réglementation applicable

Les modalités de contrôle relatives à l'exécution de la DSP, prévues par la réglementation, y compris dans les récentes directives européennes (Cf. [annexe 3](#)), sont peu étoffées.

C'est l'article 2 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (dite loi Mazeaud), modifiant la loi de janvier 1993 précitée, qui établit le cadre précis de ce contrôle : « *Le délégataire produit chaque année avant le 1^{er} juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public* ».

Le contenu de ce rapport a été par la suite précisé dans le décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local et modifiant le code général des collectivités territoriales (partie réglementaire). Le texte précise qu'il comprend trois parties :

- Les **données comptables** et notamment « *une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation* »,
- **L'analyse de la qualité du service** « *comportant tout élément permettant d'apprécier la qualité du service rendu et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers* »,
- Le **compte rendu technique et financier** « *comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service et notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation* ».

Le décret précise également que « *toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le délégataire à la disposition du délégant dans le cadre de son droit de contrôle* ».

La réglementation en vigueur laisse aux collectivités délégantes une marge de manœuvre importante pour organiser les modalités du contrôle de la délégation. Le contrat de délégation est le socle qui permet de définir ce contrôle.



Les instances de suivi prévues par le Code général des collectivités territoriales

- L'Assemblée délibérante (L.1411-3 CGCT) : les rapports annuels d'activité lui sont présentés chaque année.
- Commission consultative des services publics locaux : la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité impose aux collectivités la création de commissions consultatives comprenant des associations d'usagers (article L.1413-1 du C.G.C.T.).

- La Commission de contrôle financier : l'article R.2222-3 du C.G.C.T impose aux collectivités ayant délégué le service de l'eau, de nommer une commission de contrôle financier, dont la mission est de réaliser un contrôle sur place et sur pièces, portant sur les comptes détaillés des opérations comptables et financières réalisées par le délégataire dans l'exercice du service.

Dès la communication du rapport annuel du délégataire, la collectivité doit tout d'abord soumettre ce rapport à la validation de la Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL), mentionnée à l'article L.1413-1 du CGCT. Ensuite, ce rapport est mis à l'ordre du jour de la réunion de l'assemblée délibérante la plus proche.

Par ailleurs, selon l'article L2224-5 du CGCT, dans le cas où la délégation de service public concerne le secteur de l'eau, de l'assainissement ou des déchets, un rapport sur le prix et la qualité du service (RPQS) est élaboré par les services en charge de ce secteur, sur la base du rapport annuel transmis par le délégataire. A l'instar de ce dernier, le RPQS est également soumis au vote de l'assemblée délibérante, au plus tard dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice concerné.

1.3.2 - Exemples de bonnes pratiques de contrôle à prévoir dans le contrat de délégation

Le cadre légal et réglementaire de la DSP est peu prescriptif et il n'existe pas de document de référence, comme le CCAG Travaux (cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux). Le contrat de délégation est donc un élément clé de la maîtrise des activités déléguées. C'est pourquoi, les bonnes pratiques proposées ci-dessous pourront être prises en considération lors de la rédaction du contrat de délégation. En effet, le contrat doit explicitement prévoir des gardes fous pour une bonne gestion du service public. Quatre points d'attention méritent d'être soulignés :

1. Le suivi permanent et le contrôle sur place de la DSP ;
2. Les obligations réciproques du délégant et du délégataire ;
3. La gestion des incidents et des dysfonctionnements ;
4. La fin du contrat.

1.3.2.1 - Le suivi permanent et le contrôle sur place de la DSP

Le contrat devrait comporter une clause d'audit facilitant le contrôle sur place et sur pièce des équipements de la DSP. Elle introduit la possibilité de contrôles annoncés ou inopinés. Selon leur nature, ces contrôles seront réalisés par l'audit interne ou d'autres services de la collectivité. (Cf. Encart sur la clarification des différents acteurs du contrôle, p.15).

Quels que soient les services chargés de ces contrôles, la clause d'audit doit être suffisamment claire pour être efficace. Elle peut par exemple prévoir les conditions matérielles de la visite des installations ainsi que la liste des documents mis à la disposition du délégant.

Au-delà de ces contrôles périodiques, le contrat encadre également les modalités d'échange d'information de la collectivité tout au long de la vie du contrat, telles que :

- La **liste détaillée des pièces à fournir pour contrôler la DSP**, notamment les données comptables, techniques et financières ou relatives à la qualité de service qui serviront à l'élaboration du rapport annuel¹.



Exemples de données de suivi de l'exécution de la délégation

A minima, conformément au décret 2005-236 du 14 mars 2005, le délégataire doit remettre au délégant un rapport annuel dont les grandes lignes doivent être précisées contractuellement :

- Les données comptables permettront de retracer les chiffres détaillés de l'activité et les dépenses relatives au service délégué.
 - Sur le plan financier, un contrat de concession peut également prévoir des informations propres aux investissements et ainsi estimer les risques qu'ils représentent pour la santé financière du concessionnaire et par conséquent pour la pérennité du service public. Le concessionnaire devra par exemple présenter chaque année des éléments sur le profil actualisé de sa dette financière (exemples : taux d'intérêt, annuités, etc.).
 - Au plan technique, le contrat peut également prévoir la production par le délégataire de tableaux de suivi de l'exécution du service avec des seuils d'alerte (par exemple fréquentations, performances, etc.).
 - Pour l'analyse de la qualité du service, le contrat peut également indiquer la mise en place de questionnaires de satisfaction systématiques. Les informations ainsi recueillies pourront alors permettre d'éclairer les évolutions de la fréquentation des équipements délégués. La gestion et l'analyse des questionnaires de satisfaction par un organisme tiers indépendant du délégataire sont à privilégier.
- Les **modalités de calcul des indicateurs de suivi** qui feront l'objet d'une vigilance particulière :
 - Pour les recettes que le délégataire collecte pour la collectivité ou pour les impayés, le contrat peut prévoir que le délégataire fournisse, dans son rapport annuel, le détail des volumes d'activité pris en compte et les valeurs d'indice retenues pour l'actualisation du tarif.
 - Le détail de la formule de calcul justifiant le montant de la provision permet de suivre les évolutions dans le compte annuel de résultat d'exploitation. En effet, le renouvellement des équipements est financé uniquement par une provision constituée par le délégataire.
 - Les modalités de calcul et d'actualisation des redevances versées à la collectivité.

¹ Décret 2005-236 du 14 mars 2005.

Il est à noter que dans certains cas, la législation prévoit des dispositions particulières. Ainsi, l'arrêté du 2 mai 2007¹ encadre la production d'un certain nombre d'indicateurs de performance dans le domaine de l'eau et de l'assainissement et notamment du taux d'impayés.

- Le **format des échanges de données**. Idéalement, le contrat prévoit la mise en place d'un système d'information partagé entre le délégant et le délégataire. A minima, prévoir l'utilisation de fichiers bureautiques faciles à exploiter avec des formules de calcul accessibles.



Isoler les transactions spécifiques au contrat

Afin d'améliorer la lisibilité des informations financières transmises par le délégataire ou l'analyse de l'impact financier d'investissements prévus dans le contrat, une clause peut prévoir l'établissement d'une comptabilité distincte, notamment à travers la création d'une société ad hoc par le délégataire.

- Les **instances d'échanges entre le délégant et le délégataire** assurent l'effectivité du contrôle. Il est important de préciser l'objectif, le profil des participants, les supports d'échange et de restitution de ces échanges (cf. annexe 5 : exemple de fiche d'analyse utilisée par une commission de suivi) ainsi que le calendrier prévisionnel de chacune de ces instances. En dehors des points techniques dont la périodicité doit être fixée en fonction de la nature de la DSP, une revue annuelle devrait être prévue.



La périodicité du comité de suivi de la DSP est fixée selon le type de service et de contrat. Il est composé des fonctions concernées par cette DSP chez le délégataire et dans la collectivité (services administratifs et techniques, élus). L'ordre du jour est validé de part et d'autre, un compte rendu et un tableau de bord permettent d'assurer le suivi des points examinés en séance.

Dans ces instances d'échanges, les thèmes suivants pourront être abordés :

- le suivi des échanges prévus au contrat, comme par exemple le plan prévisionnel de renouvellement des équipements en fin d'année, le rapport annuel, le planning des travaux, la mise à jour des inventaires, le tableau de bord comportant les indicateurs prévus contractuellement, les plaintes des usagers, les enquêtes de satisfaction, le versement des redevances, etc. ;
- la gestion des alertes, des dysfonctionnements, le suivi des actions de progrès qui en découlent ;
- les avenants. Le contrat peut lister les situations pouvant donner lieu à avenant. Par exemple, fixer à 15% le seuil minimal d'évolution de la fréquentation ou du chiffre d'affaires, pour envisager un avenant.
- l'examen du bilan du délégataire (capital social et fonds propres).

¹ Arrêté du 2 mai 2007 relatif aux rapports annuels sur le prix et la qualité des services publics d'eau potable et d'assainissement.

1.3.2.2 - Les obligations réciproques du délégant et du délégataire

Des prestations au contour trop flou ne peuvent pas être contrôlées. Une présentation détaillée des obligations réciproques dans le contrat constitue la base objective du contrôle.

Tout d'abord, il convient de clairement définir l'objet et la cible de la DSP dont vont découler les contraintes, telles que les horaires d'ouverture pour un équipement, le niveau de prix, etc.

Le contrat devrait également préciser les exigences en termes d'état des lieux, de suivi et d'entretien par le délégataire.

- **L'inventaire** : il constitue l'une des colonnes vertébrales de la DSP et du contrôle de la bonne exécution. Cet inventaire devrait comporter les libellés suivants : désignation, localisation, valeur d'achat, durée et rythme d'amortissement, valeur nette comptable, état du bien, qualification juridique du bien.

Les qualifications juridiques d'un bien sont :

- les biens de retour qui sont les biens indispensables à l'exécution du service public et qui reviennent au délégant en fin de contrat ;
 - les biens de reprise qui sont rachetés par le délégant en fin de contrat ;
 - les biens propres qui restent la propriété du délégant, sauf accord particulier entre le délégant et le délégataire.
- **Les travaux** : en matière patrimoniale, le contrat gagne à prévoir, de manière détaillée, la liste des travaux qui seront à la charge du délégataire et les modalités de leur financement. Le contrat devrait également prévoir de manière explicite la répartition des sommes provisionnées non dépensées entre le délégataire et la collectivité.
 - **La gestion des équipements** : le délégant peut prévoir un plan prévisionnel de renouvellement (PPR), imposant au délégataire les dates de renouvellement et donnant des éléments indicatifs de coût sur la durée du contrat. Un état actualisé doit en être demandé en fin d'année afin de pouvoir vérifier sa mise en œuvre. En outre, le contrat doit clairement spécifier le statut du matériel renouvelé (biens de retour ou de reprise).
 - **L'amortissement des investissements** : le Conseil d'État a jugé (décision du 4 juillet 2012) que l'autorité délégante devait prévoir une indemnisation du délégataire quant à la part non amortie de ses investissements initiaux. Aussi, il est recommandé d'annexer un compte d'exploitation prévisionnel précisant notamment les modalités d'amortissement économique.



Des obligations réciproques qui dépendent du type de DSP

La rédaction des clauses contractuelles doit tenir compte de la nature de la DSP (par exemple, concession vs. Affermage) et des participations respectives du délégataire et du délégant en matière d'entretien, de maintenance, de renouvellement de matériels, etc.

1.3.2.3 - La gestion des dysfonctionnements

L'enjeu clé est d'éviter les contentieux, chronophages, coûteux et générateurs d'incertitudes. Le contrat doit prévoir les modalités de négociation amiable pour tenter de résorber les différends sans recourir au juge.

Pour un traitement effectif de ces dysfonctionnements, il convient d'identifier les interlocuteurs appropriés (chez le délégant et chez le délégataire) pour chaque type de difficultés.

Plusieurs modalités de traitement des dysfonctionnements peuvent être prévues :

- mise en demeure de faire cesser le dysfonctionnement ou le manquement aux stipulations contractuelles ;
- application de pénalités ;
- mise sous séquestre de l'exploitation du service ou déchéance ;
- recours contentieux.

Le contrat peut prévoir des pénalités ajustées à chacune des obligations.

Pour le risque d'impayés importants et durables, le contrat doit permettre l'analyse du processus de facturation mis en place par le délégataire et de ses procédures de recouvrement amiable et contentieux. Ces éléments faciliteront l'identification de solutions adaptées. Le contrat peut également prévoir la possibilité de se substituer au délégataire pour la facturation le cas échéant.



La convention de garantie d'emprunt

Dans la même logique que le contrat, la convention de garantie d'emprunt est un dispositif de maîtrise essentiel d'une concession.

Pour prévenir le risque que la collectivité soit dans l'obligation d'assurer le remboursement des annuités d'emprunt du concessionnaire, la convention peut prévoir la transmission annuelle de documents comptables certifiés relatifs à la délégation.

Concernant le risque que la rémunération du concessionnaire devienne excessive au regard de l'évolution du coût des emprunts, le contrat peut prévoir la possibilité de renégocier les tarifs du contrat à la baisse si l'écart entre le montant des annuités actualisées et le montant des annuités prévues initialement prévues au contrat se creuse.

1.3.2.4 - La fin de la DSP

Le contrat fixe les modalités de sortie du contrat en précisant les obligations de chaque partie et les contrôles du délégant sur le délégataire. Le contrat anticipe les situations de conflit afin d'éviter les contentieux.

Les obligations du délégant peuvent porter sur la communication des fichiers des abonnés, des documents techniques, des contrats avec les tiers, les sous-traitants.

De plus, le contrat peut prévoir que 6 mois avant la fin de la DSP, le délégataire communique le détail de la rémunération des salariés affectés à la DSP, ainsi que les éléments relatifs à leur régime social pour anticiper la reprise du personnel par la collectivité ou par le nouveau délégant (cotisations, convention collective et accords d'entreprises applicables, avantages sociaux, etc.).

