

À PROPOS DES MODÈLES DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ DANS LES SERVICES PUBLICS LOCAUX EN EUROPE

ROBERT HERTZOG *

Existe-t-il en Europe un modèle de gestion des services publics locaux et de partenariat entre les personnes publiques et les entreprises privées ? Est-il souhaitable qu'il y en ait un ? A ces deux questions nous répondons résolument par la négative.

Les formes de partenariat ne s'étudient pas sans considérer les modes de gestion des services publics pris en eux-mêmes, car chacun, même le plus administratif, implique des relations d'affaires avec les entreprises privées, d'où il résulte une multitude de versions possibles pour des partenariats. Or, dans chaque pays l'histoire des institutions publiques a produit une pluralité de modes de gestion, entre lesquels les responsables peuvent choisir celui qui est le plus adapté à leur situation locale et à la nature des opérations à réaliser.

Il n'existe aucun motif pour supprimer l'un d'eux. L'unification du marché européen peut éventuellement condamner ceux dont il serait démontré qu'ils ont un effet protectionniste ou discriminatoire, encore que l'extension des règles de la concurrence aux services publics ne soit pas une question simple¹.

Car on voit encore plus mal quelles seraient les formes qu'il conviendrait seules de conserver. Même la fixation d'un objectif général, comme la privatisation, pose un problème de délimitation².

Aucun système de gestion locale ne présente un caractère si évidemment

* Professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Strasbourg.

1. Centre européen des entreprises à participation publique. Europe Concurrence et Service Public, Masson/Armand Colin, 1995, 196 p.

2. Elle peut signifier le transfert de la propriété à des personnes privées et la soumission complète au droit commun et aux lois du marché. Elle peut aussi se limiter à une forme de délégation de service public. Parfois encore ce n'est que la soumission d'un organisme public à de larges pans du droit commercial, du droit du travail et de la comptabilité privée, comme pour les SPIC français. Ce peut enfin être une économie mixte avec une mixité plus ou moins réelle. M. REIDENBACH distingue cinq types de « privatisations » en Allemagne : vente d'actif à une entreprise privée, secteur public ouvert à la concurrence d'entreprises privées, SEM, marchés de services, crédit bail et techniques similaires, « L'Allemagne : l'adaptation graduelle », in LORRAIN Dominique et STOKER Gerry (dir.) La Privatisation des services urbains en Europe, La Découverte, 1994, 218 p.

exemplaire qu'il faille le transposer chez les autres³. Les différences, très accentuées, tiennent à l'organisation même des administrations locales. Ni les institutions, ni la distribution des compétences entre les niveaux locaux ne se ressemblent. Les interlocuteurs n'ont pas les mêmes statuts et les marchés sur lesquels des partenariats peuvent se nouer n'ont ni la même taille, ni le même objet⁴. En outre, les traditions d'interventionnisme économique, bien que relevant d'un fond commun en Europe, sont fortement marquées par les histoires nationales, le système italien ou espagnol ne ressemblant que de très loin au français, qui n'est pas le britannique, par exemple⁵.

La notion de partenariat manque d'ailleurs singulièrement de précision. Alliance ou association, elle implique autre chose que de simples relations commerciales, une certaine constance des rapports et une participation, fût-elle indirecte et modeste, à la vie du service public. Le partenariat est parfois un élément intrinsèque d'un mode de gestion (SEML, concession, affermage, METP) qui n'existerait pas sans lui, et parfois une simple variante à l'intérieur d'un système (marchés).

En observant les exemples européens, on constate que la complémentarité entre administrations locales et entreprises privées se réalise selon deux grands modèles, le partenariat-substitution et le partenariat-collaboration, qui tendent d'ailleurs à être de moins en moins « purs » dans leurs pays d'origine, l'évolution des administrations locales, les contraintes économiques et des exigences communautaires poussant à une interpénétration.

Le partenariat-substitution

Dans le partenariat-substitution, on pourrait aussi dire le partenariat des opérateurs, l'entreprise privée remplace en tout ou partie la collectivité locale dont elle permet de corriger les carences structurelles ou la faiblesse des moyens. Aussi bien ce partenariat prend-il volontiers une forme institutionnelle, qui s'organise souvent par la voie d'une convention de nature particu-

3. En France, les multiples modes de gestion, qui répondent à des besoins ou à des objets variables, sont le fruit d'une longue maturation: Ni les diverses régions, ni la concession, ni l'affermage, ni le recours aux associations, ni l'économie mixte ne sont nés tout armés du cerveau d'un grand architecte, mais sont la formalisation de pratiques, précisées ensuite par la jurisprudence ou des textes tardifs et peu nombreux. La vie des affaires a ressuscité des formules peu utilisées, comme le METP, ou a apporté des innovations qui se sont plus ou moins greffées sur les souches existantes, comme la location-vente ou la vente en l'état futur d'achèvement. Cette diversité est elle-même un aspect du particularisme français.

4. Selon que le ramassage et l'élimination des déchets sont assumés à un niveau communal ou intercommunal la situation change significativement. En RFA le législateur en avait fait une tâche obligatoire pour les Kreis. L'électricité est un service public local ou régional en RFA. Le fait que la construction et l'entretien des lycées aient été confiés à la région, organisme aux effectifs de personnels très faibles, l'a obligée à chercher des partenaires, les uns privés par le recours au METP, les autres publics par des délégations à des syndicats, des SEML ou des villes. Cette situation ne se retrouve pas à l'étranger, etc.

5. Dans une abondante bibliographie, voir: TERNY Guy (dir), La Gestion des services publics locaux dans l'Europe de demain, LITEC, 1994, 313 p.; LE DUC Michel et alii Services publics de réseau et Europe. Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni. La Documentation Française 1995, 180 p.

lière : affermage, concession et autres gestions déléguées. Cette expression, récente dans notre droit, est significative de la substitution. Mais la réalité est ancienne et caractérise bien le système français⁶, probablement le plus équilibré et celui qui offre la plus grande variété des formules juridiques de gestion et de partenariat. Quoique très éloigné par son inspiration et ses modalités, le modèle britannique peut également être rangé dans cette catégorie.

Trois séries de raisons expliquent le développement de ce partenariat public-privé dans les services publics locaux en France.

— L'émiettement géographique des communes, qui portent la principale responsabilité des services territoriaux de production, exige l'appui de partenaires capables de transcender ce handicap dimensionnel et disposant des moyens financiers et d'un personnel d'experts. L'Etat a longtemps rempli ce rôle en apportant son assistance à la conception, au financement et à la gestion des équipements publics locaux. Mais le « tout administratif », qui a eu son heure de gloire dans la période de reconstruction et jusque dans les années 1960, n'est plus approprié à une économie plus ouverte et exigeante, à un Etat qui perd ses moyens et à des collectivités plus autonomes, ce qui nous aligne sur une situation générale en Europe.

— L'insuffisance des finances locales pousse à chercher des ressources extérieures, alors que régressent les subventions et qu'ont disparu les conditions privilégiées pour l'endettement ; le partenariat privé est un moyen d'obtenir des capitaux tout en extrayant la dette du budget local et en faisant supporter la charge à des usagers grâce à une tarification effectuée par une entreprise privée.

— Celle-ci a servi à compenser le dénuement en personnel des collectivités locales, pauvreté des effectifs et niveau de formation très bas et inadapté. Longtemps l'Etat prétendit être, par ses ingénieurs et son administration préfectorale, l'interlocuteur exclusif des communes pour leurs besoins d'assistance en techniciens, gestionnaires et juristes.⁷ Les changements, qui ont peu à peu réduit son rôle, sont devenus sensibles à la fin des années 1970.⁸

Les besoins n'ont pas disparu, mais les réponses seront différentes. Aussi ces enjeux et les solutions modernes devraient-ils être plus clairement perçus lorsqu'il est débattu de la réforme des administrations locales. Est-il encore bien utile de pousser les communes à créer des syndicats des eaux, des ordures, de l'assainissement, du chauffage urbain, des transports, qui com-

6. En Allemagne, où la gestion directe est préférée de longue date, on appelait la concession, qui n'y était pas inconnue, « le système français », REIDENBACH, *op. cit.* p. 82.

7. A ces trois raisons fondamentales s'ajoutent des motifs plus contingents, qui expliquent moins le partenariat que la recherche de formules de droit privé restant aux mains des élus locaux, comme l'association ou la SEMML : la volonté de s'affranchir des règles de la comptabilité publique, du code des marchés publics ou du droit de la fonction publique.

8. Voir notre contribution sur les « nouvelles pratiques de gestion » (p. 203 et s.) in Ministère de l'Intérieur Les nouvelles relations Etats collectivités locales, *Colloque de Rennes*, La Doc. Franç. 1991, 395 p.

pliquent à l'infini le paysage administratif local, alors que l'on pourrait laisser ces fonctions à de véritables entreprises, et qu'il serait plus urgent de faire porter l'effort sur la restructuration du pouvoir territorial par des communautés urbaines, districts ou communautés de communes ?

La multiplication des institutions politico-administratives, sans les instruments de gestion correspondant à l'activité assumée, tout en y mêlant des organismes privés, exagère la complexité et alourdit les coûts de structures des politiques publiques, sans apporter les garanties qu'est censée fournir la présence d'une autorité politique. Les combinaisons plutôt heureuses qu'a forgées l'histoire sont-elles encore pertinentes ? L'organisation publique est mal adaptée là où est choisie la gestion directe qui a de ce fait une efficacité réduite. Et, lorsque les autorités locales emploient la délégation, leurs contrôles sur l'entreprise sont inexistantes ou médiocres, comme le relève périodiquement la Cour des comptes. La réorganisation à la française consiste donc à la fois à agir sur les structures publiques, en accroissant leur taille et leurs fonctions pour les mettre en état de se charger de certaines activités et à laisser ouvertes de nombreuses options de gestion. S'étonnera-t-on que les jeux de pouvoir entre les acteurs prennent le pas sur la logique économique et le souci des intérêts de l'utilisateur final ?

Le modèle britannique, autre forme du partenariat-substitution, privilégié, depuis le début des années 1980, la privatisation complète des services d'utilité publique, locaux ou nationaux, en laissant à l'autorité administrative le soin d'opérer une régulation par des procédures mi-administratives et mi-judiciaires⁹. Il se présente comme une recherche délibérée de l'optimum économique en diffusant la gestion privée, mais en maintenant des contrôles publics destinés à garantir le bon fonctionnement du marché, là où il subsiste, ou à mettre l'entreprise qui est en position de monopole dans l'obligation de respecter certaines règles ou de supporter certaines concurrences ; les organes de contrôle ont mission de protéger le consommateur (usager) du service, qui se voit reconnaître une incontestable priorité, et de maintenir les conditions minimales de ce que l'on appellerait service public en France.

L'entreprise a plusieurs interlocuteurs, successifs ou simultanés : l'organisme chargé de la privatisation (vente) du service, les agences de régulation à caractère horizontal (Office of Fair Trading et Monopolies and Mergers Commission) ou vertical (Office of Gas Services ; of Water Services ; of Electricity Regulation), éventuellement les administrations territoriales au rôle très amoindri. La séparation entre tutelle « politique » et régulation ne va pas sans risques. On dénonce la bureaucratie tatillonne de cette dernière et la priorité donnée aux satisfactions immédiates des usagers ou des actionnaires

9. Hervé DUMEZ, Alain JEUNEMAITRE « La régulation des monopoles au Royaume-Uni est-elle un modèle de référence ? », Chron. écon. de la SEDEIS, n°5, 15 mai 1994 ; Problèmes économiques, La Doc. Franç. n°2398, 16 nov. 1994. « Services publics : monopole ou concurrence ? », la référence britannique 3 », Regards sur l'actualité, Numéro 186, décembre 1992, p.17 à 42.

au détriment des stratégies à long terme. La nature des repreneurs d'entreprises, plutôt des « industriels » au début puis des opérateurs-gestionnaires qui, récemment, lient des rapports plus ou moins intégrés les uns avec les autres, la pénétration importante d'entreprises étrangères, notamment des groupes français, suscitent également des interrogations.

Au regard du droit de la concurrence, le système de partenariat-substitution appelle les rapides observations suivantes. Il a permis la constitution, en France, de groupes puissants, qui subissent une certaine contestation et fragilisation au moment même où ils s'internationalisent davantage et où la concurrence s'intensifie. Car ce système s'ouvre à présent largement aux opérateurs étrangers, européens ou américains, dès lors que ceux-ci ont le savoir-faire et la surface nécessaires, et que sont respectées les règles nationales et communautaires, de plus en plus draconiennes, de mise en compétition. On le constate au Royaume-Uni (eau, réseaux câblés) et en France dans certains domaines (déchets, énergie, vidéocommunication). La dispersion des services locaux en France et l'existence de décideurs politiques rend cependant la pénétration étrangère moins rapide. Le succès du modèle britannique de privatisation devrait signifier la disparition, à terme, du partenariat public-privé, les véritables collaborations se jouant dans les groupes privés par des rapprochements entre opérateurs et industriels, voire entre opérateurs de secteurs différents (eau et électricité), comme on l'observe déjà.

Le partenariat-collaboration

Dans le partenariat-collaboration le partage des tâches est principalement vertical, chacun ayant des fonctions propres, correspondant à des métiers spécifiques. Le service public local est lié à des industriels plutôt qu'à des gestionnaires, opérateurs ou financiers. Les relations sont essentiellement contractuelles, de type marchés de prestations ou de fournitures, sans effet institutionnel.

L'Allemagne en offre une bonne illustration. L'organisation des services publics locaux est moins touffue qu'en France, car il y a moins d'échelons locaux et une moindre diversité des formules de gestion. Depuis le XIX^e siècle, ce pays a préféré la gestion directe des services publics locaux, soit par des régies, soit par des entreprises de statut commercial, mais propriété exclusive de la collectivité. Toutes ces institutions ne sont pas de taille importante car, malgré le regroupement communal effectué dans les années 1970, il reste beaucoup de communes petites ou moyennes, regroupées éventuellement dans des syndicats ou des coopératives, pour les transports, etc. Néanmoins, plus qu'ailleurs, on rencontre ici de grosses entreprises publiques locales, gérant une pluralité d'activités de nature différente : assainissement, transports, chauffage urbain, production d'électricité, etc. Cette polyvalence des

« usines municipales » (Stadtwerke) crée d'évidentes synergies techniques. Elle donne aussi un poids financier d'autant plus important que l'on y pratique fréquemment une péréquation des tarifs ou tout simplement une compensation des excédents et des déficits entre services.

Si le service public n'a guère besoin d'opérateurs de substitution, ni d'apports de capitaux externes, hormis naturellement par emprunts, il a par contre des relations continues avec des industriels des secteurs concernés, sur un plan de relative égalité, de professionnels à professionnels. L'usine municipale d'une grande ville-kreis a des fournisseurs de matériels ou de savoir-faire, avec lesquels elle peut avoir intérêt à nouer un véritable partenariat. Un groupe industriel expérimente par exemple dans une ville de nouvelles technologies, à l'initiative de l'une ou l'autre partie. On est dans un système de marchés et non plus de « délégations ».

Il n'y a donc pas eu formation de grands groupes d'opérateurs privés, quoique la gestion de forme privée soit très répandue. Cela peut faciliter, le moment venu, des privatisations à géométrie variable par l'entrée de partenaires industriels dans le capital de certaines entreprises publiques locales. Cependant la privatisation reste un sujet de discussion, ses avantages pour l'économie ou pour l'utilisateur étant loin d'avoir été démontrés empiriquement, et dans les domaines où elle a été engagée les progrès sont plutôt lents.

La situation à l'égard de la concurrence internationale conduit à des appréciations nuancées. Par définition, ce système n'est pas ou peu accessible à des opérateurs, sauf à la marge ou pour des prises de participations lorsque l'entreprise publique ouvre son capital à des investisseurs extérieurs. Mais dans ce cas elle préférera peut-être s'allier à un industriel local ou à d'autres entreprises locales. Au regard du protectionnisme, les vrais problèmes sont les suivants : les industriels nationaux bénéficient-ils d'un avantage particulier dans l'attribution des marchés publics et tirent-ils sur les marchés extérieurs un profit anormal de leurs relations avec les services publics locaux ? Nous n'avons pas d'information pour trancher ces questions.

L'interpénétration des modèles

Aucun Etat ne présente un modèle monolithique et figé de services publics locaux et de partenariat avec les entreprises privées.

Certains pays, comme l'Italie ou l'Espagne, qui construisent à la fois une administration plus décentralisée et une économie désétatisée, sont encore en quelque sorte en transition et abordent la privatisation sous des formes originales. Dans les modes de gestion, ils s'inspirent selon le cas des exemples français ou allemands, étant entendu toutefois que les services locaux trouvent moins facilement sur place des partenaires industriels aussi bien que des opérateurs privés expérimentés. On comprend donc que ces pays fassent l'objet d'une attention particulière d'investisseurs étrangers.

La gestion déléguée tend à se répandre en RFA dans la mesure où elle apparaît comme le meilleur compromis de « privatisation », le modèle britannique de cession pure et simple n'étant pas très en faveur auprès des agents de ces services publics, ni auprès des responsables politiques. On l'a vérifié, par exemple, en Basse-Saxe où a été mis en œuvre depuis 1984 un plan d'ensemble de privatisation des services d'eau et d'assainissement.

A l'inverse, en France, la gestion directe reprend de l'attrait par la réforme des régions en 1988 et la multiplication des contraintes et risques pour les délégations du fait des lois « anti-corruption » et de la suspicion née des « affaires ». Le succès des SEML depuis la loi de 1983 fait qu'une sorte de gestion directe de droit privé s'installe. On est certes loin des usines municipales allemandes, mais ces sociétés, qui sont souvent dans leur substance plus publiques que réellement privées, autorisent des activités économiques dans des secteurs nouveaux, l'aménagement et la construction notamment, avec des partenaires eux aussi renouvelés. Certains gros équipements urbains induisent des relations avec des industriels, constructeurs de tramways, de métro, d'usines d'incinération de déchets, etc., et non seulement avec des opérateurs.

Au-delà des grands équipements et services traditionnels (énergie, eau, déchets, etc.) se développent de nouveaux lieux de partenariat. Des collectivités locales plus autonomes cherchent des partenaires dans des secteurs qui étaient peu pénétrés par des entreprises privées : l'audit et le conseil, l'assistance juridique, la communication et l'information, les services aux personnes âgées, la sécurité même pour des marchés très segmentés de surveillance. L'ouverture des marchés financiers et la fin des têtes à têtes privilégiés, dans certains Etats, entre un groupe bancaire et les administrations locales, crée des opportunités de partenariat transfrontalier.

Toutes ces données générales ont probablement plus d'effets que les mesures communautaires visant directement les services locaux. La contrainte communautaire ne pèse pratiquement pas sur les structures d'administration locale, ni sur la répartition des compétences, encore que beaucoup de commentateurs surestiment la reconnaissance par le traité sur l'Union européenne des institutions locales et régionales. L'influence européenne porte essentiellement sur les moyens des services et sur certaines procédures (marchés publics, aides économiques, régime des impositions indirectes, personnel, etc.) ou sur des exigences techniques (normes sanitaires ou environnementales).

Le droit communautaire intervient cependant de plus en plus pour délimiter la notion de service public et décider quand ce statut peut être revendiqué pour l'application des dispositions du traité. La Cour de justice des Communautés européennes est tentée de restreindre la notion par rapport aux jurisprudences nationales et de « privatiser » certaines activités (la fourniture

de services informatiques par exemple)¹⁰. L'exigence de limitation des déficits et de l'endettement publics crée un mouvement de désengagement des finances publiques, bien que les services à caractère industriel ou commercial ne rentrent pas dans le gouvernement général dont la définition détermine le périmètre « public » concerné par ces critères de Maastricht.

Les raisons pour lesquelles il ne nous paraît pas souhaitable que le droit communautaire se mêle d'harmoniser les modes de gestion et donc de partenariat des entreprises publiques locales sont que l'on est assuré qu'il apporterait plus de complications à la matière que d'avantages à l'économie générale ou aux citoyens. Il faudrait, en effet, une telle accumulation de définitions pour introduire la foisonnante réalité dans des concepts européens communs que les « directives marchés » apparaîtraient limpides en comparaison. Or, ayant vu les résultats limités de celles-ci, « un coup d'épée dans l'eau » a-t-on pu écrire, il n'est pas souhaitable d'étendre l'expérience. Elle se résoudrait principalement par l'édiction de règles de procédure dont la surabondance est matière à chicanes juridiques plus qu'elle n'est garante de droits effectifs. Un juridisme père de la bureaucratie et mère du contentieux n'est pas un facteur d'efficacité économique¹¹.

10. Christian BETTINGER « Existe-t-il une conception communautaire de la gestion des services publics locaux ? » in TERNY, *op. cit.* pp. 225 à 249.

11. Voir R. PRUD'HOMME et G. TERNY « Introduction générale » à TERNY, *op. cit.* pp.17 à 28.