

LA DÉLÉGATION CONVENTIONNELLE DE SERVICE PUBLIC AU PROFIT DE PERSONNES PRIVÉES

Rachid ZOUAÏMIA

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira - Béjaïa*

INTRODUCTION

La période de l'Etat interventionniste est celle de la coïncidence entre service public et organismes publics en ce sens que les missions d'intérêt général relèvent soit directement de l'administration publique (gestion en régie), soit de personnes publiques personnifiées sous le label d'établissements publics. Toutefois, et depuis les années 1990, on assiste à la mise en place d'une nouvelle politique de libéralisation, mesurée, qui touche d'abord le secteur marchand à travers l'ouverture d'un ensemble d'activités économiques à l'initiative privée comme elle s'est traduite par un mouvement de privatisation des entreprises publiques. Une telle politique a été étendue à diverses activités érigées en services publics : c'est le cas d'un ensemble d'activités à caractère industriel et commercial, c'est également le cas d'autres activités traditionnellement gérées par des établissements publics à caractère administratif. Certaines délégations de service public ont été effectuées par voie statutaire, d'autres sont soumises à un régime conventionnel.

Le procédé contractuel touche un grand nombre d'activités qui relevaient exclusivement du secteur public par le passé. On peut citer l'alimentation en eau potable, l'assainissement, l'exploitation de gares routières, le transport par route, le transport maritime et aérien, les autoroutes. Parallèlement se développent de nouvelles formes de partenariat entre le secteur public et le secteur privé pour répondre aux multiples exigences du développement qui se font de plus en plus pressantes¹.

¹ Sur la question, voir Taib Essaid, « Le partenariat public-privé en Algérie en matière d'exécution du service public », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, n° 3, 2007, pp. 5-25.

A la lumière des textes régissant la délégation conventionnelle, on constate que les pouvoirs publics tentent une conciliation entre les objectifs d'intérêt général et les principes du libéralisme économique. En effet, si la gestion du service public est externalisée et donc confiée à une entreprise privée², il reste qu'elle sera soumise, au même titre que dans le cas d'un établissement public, à un régime juridique exorbitant qui permet d'assurer la continuité du service public et de soumettre les prestations offertes par le délégataire au principe d'adaptation constante aux évolutions technologiques, de sorte que la qualité du service soit garantie. Pour vérifier dans quel sens l'équation est résolue par le législateur algérien, il convient de s'interroger d'abord sur le contenu de la notion de délégation conventionnelle du service public avant de tenter une analyse du régime juridique qui lui est applicable.

I – LE CONTENU DE LA NOTION DE DÉLÉGATION CONVENTIONNELLE

La notion de délégation de service public, dont l'apparition est relativement récente, couvre en réalité des procédés anciens. Si l'expression englobe en effet divers procédés mis en œuvre par l'administration dans le cadre de la gestion des services publics, spécialement en France, il reste que les critères qui en délimitent les contours doivent être maniés avec une extrême précaution.

A - L'émergence de la notion de délégation conventionnelle de service public

En France, les collectivités publiques ont toujours fait appel à des partenaires privés pour prendre en charge des activités d'intérêt général relevant de leur autorité. Toutefois, la théorie de la concession ne s'est véritablement construite qu'au cours du XIX^{ème} siècle.

Si la concession a perdu du terrain avec l'avènement de l'Etat providence, elle est de nouveau remise à l'ordre du jour à la faveur du processus de libéralisation et de retrait de l'Etat de l'économie dès le début des années 1980. Un tel engouement pour la concession sera encore plus perceptible à la suite de l'adoption de la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation qui donne aux collectivités territoriales une grande liberté d'action pour prendre en charge les services publics locaux. La doctrine s'empare de

2 Voir Etienne Fatôme, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007, p. 959.

cette évolution et résume sous le générique de délégation l'ensemble de ces procédés conventionnels³.

En Algérie, et à la suite de la promulgation de la Constitution de 1989, divers textes prévoient la dévolution conventionnelle de service public. C'est ainsi qu'en vertu des dispositions de l'article 132 de la loi relative à la commune, celle-ci crée des services publics communaux pour répondre aux besoins collectifs des citoyens notamment en matière d'eau potable, ordures ménagères, halles et marchés, stationnement payant, cimetières et services funéraires ainsi qu'en matière de transports publics⁴. De tels services publics sont exploités, selon les moyens de la commune, sous forme de régies communales, soit érigés en établissements publics communaux, soit concédés au profit de personnes privées. La loi relative à la wilaya reprend les mêmes dispositions à propos de la voirie, l'aide et soins aux personnes âgées, l'hygiène et le contrôle de la qualité ainsi que les transports publics pour les liaisons à l'intérieur de la wilaya⁵. Quant à l'article 138 de la même loi relative à la commune, il semble considérer la concession de service public comme un procédé exceptionnel de gestion dans la mesure où il précise que « Lorsque les services publics communaux ne peuvent, sans inconvénients, être exploités en régies ou en établissements, la commune peut les concéder ». Les mêmes dispositions sont contenues dans l'article 130 de la loi relative à la wilaya⁶.

En 1995, la loi de finances pour 1996 introduit le procédé de la concession en matière d'exploitation des autoroutes : l'article 166 de la loi précise que « la gestion, l'entretien, les travaux d'aménagement et/ou d'extension ainsi que la réalisation des autoroutes et de leurs dépendances peuvent, à condition qu'existe une route de substitution, donner lieu à concession au profit de personnes morales de droit public ou de droit privé selon des modalités fixées par des conventions et cahiers des charges approuvés par

3 Jean-François Auby, *Les services publics locaux*, PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1982. Au plan législatif, la notion de délégation de service public a été consacrée par la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (*JORF* n° 33 du 8 février 1992) puis affinée par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (*JORF* n° 25 du 30 janvier 1993) modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*JORF* n° 288 du 12 décembre 2001).

4 Loi n° 90-08 du 7 avril 1990 relative à la commune, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-03 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005 ; abrogée et remplacée par la loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, *JORA* n° 37 du 3 juillet 2011.

5 Loi n° 90-09 du 7 avril 1990 relative à la wilaya, *JORA* n° 15 du 11 avril 1990, complétée par ordonnance n° 05-04 du 18 juillet 2005, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005.

6 Voir Nadia Drifi, *La gestion des services publics et les nouvelles mutations*, Editions Belkeis, Alger, 2010, pp. 216-217 (en arabe).

voie réglementaire »⁷. De telles dispositions ont été mises en œuvre en vertu d'un décret exécutif du 18 septembre 1996 ayant pour objet la concession d'autoroutes⁸, même si le texte a été mis entre parenthèses à l'occasion de la réalisation du projet d'autoroute Est-Ouest où le choix de la logique du marché public a prévalu sur la concession⁹. A cela, il convient d'ajouter que les pouvoirs publics ont procédé au réaménagement du statut juridique de l'établissement public administratif en charge de la construction des autoroutes en le transformant en établissement public à caractère industriel et commercial¹⁰ ainsi qu'à la création d'un établissement chargé de l'exploitation des autoroutes : l'Algérienne de gestion des autoroutes, qualifiée d'établissement public à caractère industriel et commercial¹¹. Une telle initiative semble avoir rendu caduques les dispositions du décret exécutif relatif à la concession d'autoroutes, spécialement dans ses dispositions ayant trait à la délégation au profit de personnes privées.

Au cours de l'année 1998, la concession gagne du terrain à la suite de la promulgation de deux lois concernant respectivement le domaine maritime et l'aviation civile. La première modifie le code maritime notamment en introduisant le procédé de la concession de service public. Elle dispose en effet que « Les services de transport maritime sont exploités par des personnes physiques de nationalité algérienne, par des entreprises publiques algériennes ou par des personnes morales de droit algérien ayant la qualité d'armateur et dont le centre principal d'activité se trouve sur le territoire algérien »¹². La loi ajoute en son article 571-2 que « La concession est consentie sur la base d'un cahier des charges selon les conditions et modalités fixées par voie réglementaire ». En vertu du texte d'application de la loi, la concession est consentie sur une base conventionnelle¹³.

7 Ordonnance n° 95-27 du 30 décembre 1995 portant loi de finances pour 1996, *JORA* n° 82 du 31/12/1995.

8 Décret exécutif n° 96-308 du 18 septembre 1996 relatif à la concession d'autoroutes, *JORA* n° 55 du 25 septembre 1996.

9 Voir Chabane Benakezouh, « Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques) », *RASJEP*, n° 1, 2011, p. 85.

10 Décret exécutif n° 05-249 du 10 juillet 2005 portant réaménagement du statut de l'agence nationale des autoroutes, *JORA* n° 48 du 10 juillet 2005.

11 Décret exécutif n° 05-250 du 10 juillet 2005 portant création de l'Algérienne de gestion des autoroutes, *JORA* n° 48 du 10 juillet 2005.

12 Art. 571-1 du code maritime tel qu'introduit par la loi n° 98-05 du 25 juin 1998 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime, *JORA* n° 47 du 27 juin 1998. Voir également loi n° 10-04 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 76-80 du 23 octobre 1976 portant code maritime, *JORA* n° 46 du 18 août 2010.

13 Art. 12 et 13 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime, *JORA* n° 9 du 24 février 2008.

La seconde, qui a trait à l'aviation civile, consacre la technique de la concession tant pour la construction et la gestion des aéroports que pour l'exploitation de lignes de transport aérien¹⁴. La loi prévoit en effet que l'Etat est responsable de la création, la réalisation, la mise en service et l'exploitation des aéroports. Toutefois, le législateur autorise la réalisation et l'exploitation d'un aéroport, d'un aéroport ou d'une héliport ouverts à la circulation aérienne publique par des personnes physiques de nationalité algérienne ou des personnes morales de droit algérien et ce, sur la base d'une convention. Par ailleurs, le texte législatif prévoit que « l'exploitation d'un service de transport public aérien peut également faire l'objet d'une concession au profit des personnes physiques de nationalité algérienne et des personnes morales de droit algérien »¹⁵. Au même titre que la concession d'exploitation des services de transport maritime, elle est consentie sur une base conventionnelle et se décline soit en concession générale du droit d'exploiter, soit en concession particulière pour l'exploitation d'une ligne aérienne déterminée¹⁶. En pratique, plusieurs concessions ont été octroyées au profit de compagnies privées, dont notamment Khalifa Airways. L'expérience a toutefois été de courte durée. De telles concessions ont été en effet assez rapidement annulées et, depuis l'année 2004, la compagnie Air Algérie exerce un monopole de fait dans le secteur du transport aérien.

En 2001, la loi relative aux transports terrestres reprend le même procédé de la concession et ce tant en ce qui concerne les transports par route que les transports ferroviaires¹⁷. L'article 7 de la loi précise que « Les transports publics terrestres de voyageurs constituent un service public » tandis que l'article 10 dispose que « La réalisation et l'exploitation du système de transport urbain peuvent être assurées par l'Etat et/ou les collectivités territoriales ou, le cas échéant, concédées à toute personne physique ou morale de droit algérien ». Dans ce dernier cas de figure, « La concession fait l'objet d'une convention et d'un cahier des charges qui fixent les droits et obligations du concessionnaire ».

14 Loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, *JORA* n° 48 du 28 juin 1998, modifiée et complétée par la loi n° 2000-05 du 6 décembre 2000, *JORA* n° 75 du 10 décembre 2000, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 03-10 du 13 août 2003, *JORA* n° 48 du 13 août 2003, modifiée et complétée par la loi n° 08-02 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008.

15 Art. 10 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 précitée.

16 Art. 11 du décret exécutif n° 2000-43 du 26 février 2000 fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens, *JORA* n° 8 du 1^{er} mars 2000, complété par décret exécutif n° 03-480 du 13 décembre 2003, *JORA* n° 78 du 14 décembre 2003.

17 Loi n° 01-13 du 7 août 2001 portant orientation et organisation des transports terrestres, *JORA* n° 44 du 8 août 2001.

S'agissant des activités de transport routier de personnes ou de marchandises, elles peuvent être exercées par une personne physique ou morale dûment autorisée par les services du ministre chargé des transports. Une fois autorisée, celle-ci peut assurer l'exploitation d'un service de transport collectif urbain sous le régime de la concession qui fait l'objet d'une convention et ce, en vertu des dispositions de l'article 31 de la loi, qui curieusement, ont été ignorées par le texte d'application¹⁸.

Le régime de la convention trouve cependant sa pleine application lorsque la délégation a trait à la réalisation et/ou l'exploitation d'infrastructures liées au transport routier de voyageurs. L'article 51 de la loi relative aux transports terrestres dispose que « La décision de création des infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs relève de l'Etat et des collectivités territoriales ». Quant à leur réalisation et leur gestion, elles « peuvent être, le cas échéant, concédées à toute personne physique ou morale de droit algérien dans les conditions fixées par voie réglementaire ».

En application du texte législatif, un décret exécutif définit les infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route susceptibles de faire l'objet de délégation conventionnelle : il s'agit des gares routières, des stations urbaines, des zones d'arrêts équipées et des haltes routières¹⁹. Quant à l'article 5 du même texte réglementaire, il précise que « La concession des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route peut concerner la réalisation et la gestion ou seulement la gestion lorsque celles-ci existent ».

Quant au transport ferroviaire, si l'Etat reste propriétaire du réseau ferroviaire national, il peut toutefois en concéder l'exploitation et la réalisation à une ou plusieurs entreprises de transport ferroviaire de droit algérien. La concession fait l'objet d'une convention et d'un cahier des charges qui déterminent les droits et obligations du concessionnaire. Elle peut porter soit sur l'exploitation technique et commerciale de services de transport ferroviaire de marchandises et/ou de voyageurs, soit sur la gestion des infrastructures ferroviaires de tout ou partie du réseau ferroviaire national, soit sur les deux types d'activités.

18 En vertu du décret exécutif n° 04-415 du 20 décembre 2004 fixant les conditions de délivrance des autorisations d'exercice des activités de transport routier de personnes et de marchandises (*JORA* n° 82 du 22 décembre 2004), la formule conventionnelle a été écartée et la concession se trouve soumise au régime de l'acte unilatéral.

19 Art. 2 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, *JORA* n° 82 du 22 décembre 2004.

Enfin, la loi relative à l'eau consacre, en 2005 et pour la première fois, semble-t-il, la notion de délégation conventionnelle de service public²⁰. L'article 100 de la loi précise que « l'alimentation en eau potable et industrielle et l'assainissement constituent des services publics », tandis que l'article 101 dispose que « L'Etat peut concéder la gestion des services publics de l'eau à des personnes morales de droit public, sur la base d'un cahier des charges et d'un règlement de service approuvés par voie réglementaire. Il peut également déléguer tout ou partie de leur gestion à des personnes morales de droit public ou privé sur la base d'une convention ». Le texte semble ainsi distinguer entre la concession de service public et la délégation de service public. La première couvre les rapports entre l'Etat propriétaire du domaine public hydraulique et la personne morale de droit public bénéficiaire de la concession tant pour la gestion du service public d'assainissement²¹ que pour l'exploitation du service public d'alimentation en eau potable²². Il s'agit ainsi d'une délégation unilatérale au profit de personnes morales de droit public : l'Algérienne des eaux²³ et l'Office national de l'assainissement²⁴ qualifiés par les textes réglementaires y ayant trait d'établissements publics à caractère industriel et commercial. Quant à la délégation de service public, elle fait l'objet d'une convention entre l'Etat, représenté par l'administration chargée des ressources en eau et le bénéficiaire, qui peut être un opérateur public ou privé, ou encore entre le concessionnaire (l'établissement public industriel et commercial) et le délégataire²⁵. En réalité, si l'on fait abstraction des modalités de dévolution du service public, acte unilatéral ou convention, on s'aperçoit que rien ne distingue la concession de la délégation. Dans l'hypothèse où la délégation est consentie par le concessionnaire, on se retrouve ainsi face à une procédure de subdélégation au profit de la personne privée. En outre, il y

20 Loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau, *JORA* n° 60 du 4 septembre 2005, modifiée et complétée par la loi n° 08-03 du 23 janvier 2008, *JORA* n° 4 du 27 janvier 2008 ; ordonnance n° 09-02 du 22 juillet 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

21 Décret exécutif n° 08-53 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges-type pour la gestion par concession du service public d'assainissement et du règlement de service y afférent, *JORA* n° 08 du 13 février 2008.

22 Décret exécutif n° 08-54 du 9 février 2008 portant approbation du cahier des charges-type pour la gestion par concession du service public d'alimentation en eau potable et du règlement de service y afférent, *JORA* n° 08 du 13 février 2008.

23 Décret exécutif n° 01-101 du 21 avril 2001 portant création de « l'Algérienne des eaux », *JORA* n° 24 du 22 avril 2001, modifié par le décret exécutif n° 07-221 du 14 juillet 2007, *JORA* n° 46 du 15 juillet 2007.

24 Décret exécutif n° 01-102 du 21 avril 2001 portant création de l'office national de l'assainissement, *JORA* n° 24 du 22 avril 2001.

25 Pour les modalités d'approbation de la convention, voir décret exécutif n° 10-275 du 4 novembre 2010 fixant les modalités d'approbation de la convention de délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement, *JORA* n° 68 du 10 novembre 2010.

a lieu de relever que les textes portant création de l'Algérienne des eaux et de l'Office national de l'assainissement précisent que les deux organismes sont chargés d'un ensemble de missions de service public et agissent « par délégation »²⁶. D'où la confusion entretenue par les rédacteurs des textes.

B - Les critères de délimitation de la délégation conventionnelle

La délégation de service public peut être définie comme l'acte contractuel par lequel une personne morale de droit public investie de la responsabilité d'organiser un service public, en confie la gestion à une personne publique ou privée dont la rémunération est liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation. On en déduit qu'elle obéit à deux conditions cumulatives : elle est liée à l'existence d'une activité de service public, la rémunération du délégataire doit être liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation.

1 – L'exigence d'une activité de service public

L'activité de service public peut faire l'objet d'une qualification expresse par la loi. En l'absence d'une telle qualification, on doit pouvoir en cerner les contours au moyen du triptyque classique : la satisfaction d'un intérêt général, l'existence d'une autorité publique responsable de l'organisation du service, la soumission de l'activité, soit totalement, soit partiellement, à un régime exorbitant de droit commun. Des difficultés peuvent toutefois surgir dans certaines situations lorsque l'intérêt général ne se confond pas avec une activité de service public.

En France, dans une première espèce, le Conseil d'Etat a jugé qu'une concession d'exploitation d'un café-restaurant situé dans le Bois de Boulogne conclue entre la Ville de Paris et la société d'exploitation de l'Orée du Bois ne constitue pas une délégation de service public. « Considérant que, si l'activité du restaurant «l'Orée du Bois» contribue à l'accueil de touristes dans la capitale et concourt ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique, cette seule circonstance, compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public »²⁷. Pour le Conseil d'Etat, le contrat par lequel a été confiée l'exploitation du café-restaurant «l'Orée du Bois» a le caractère d'une concession domaniale, que dès lors, les règles régissant la délégation de service public ne lui sont pas applicables.

26 En pratique, on peut mentionner l'association entre, d'une part les deux établissements publics, l'Algérienne des eaux et l'Office national de l'assainissement, d'autre part des opérateurs étrangers en vue de la constitution de sociétés d'économie mixte auxquelles ont été consenties des délégations des services publics de l'eau et de l'assainissement.

27 CE, 12 mars 1999, Sté Stella Maillot-Orée du Bois, *AJDA* 1999, p. 439 note Raunet et Rousset.

Dans une seconde espèce, la Haute juridiction s'est penchée sur la qualification juridique d'une convention passée entre la Ville de Paris et l'association Paris Jean Bouin aux termes de laquelle celle-ci était autorisée à occuper une dépendance du domaine public et à y exploiter des infrastructures sportives constituées notamment du stade Jean Bouin à Paris. Le Conseil d'Etat a jugé que « la seule présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition d'équipements sportifs ne caractérise pas à elle seule une mission de service public »²⁸. Quant aux obligations mises à la charge de l'association, elles correspondent à celles que le gestionnaire du domaine peut imposer à l'occupant dans l'intérêt du domaine et l'intérêt général. A ce titre, le Conseil conclut que le contrat en cause constitue une concession d'occupation domaniale, et non une mission de service public.

Pour exclure la qualification de délégation de service public, le Conseil d'Etat s'appuie sur deux éléments essentiels :

- L'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle²⁹.

- Les obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine, sans exercer un droit de regard sur l'activité exercée par l'occupant, ne caractérisent pas une délégation de service public.

Dans le cas du droit algérien, et malgré la confusion entretenue entre les notions de service public et d'intérêt général, on remarque que le législateur distingue bien entre la notion de concession domaniale et celle de service public. A titre d'exemple, la loi domaniale précise que « La concession de l'utilisation du domaine public, prévue par la présente loi et les dispositions législatives en vigueur, est l'acte par lequel l'autorité concédante confie, sous la forme d'un contrat, à une personne morale ou physique, dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel »³⁰, ce qui signifie qu'une concession domaniale qui répond à un objectif d'intérêt général n'est pas nécessairement une concession de service public et ce, dans la mesure où si le service public est une activité

28 CE, 3 décembre 2010, Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, www.conseil-etat.fr/ ; voir également dans le même sens, CE, 5 octobre 2007, Société UGC Ciné Cité, req. n° 298773, www.conseil-etat.fr/

29 Voir par exemple, CE, 7 Novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794, www.conseil-etat.fr/

30 Art. 64 bis de la loi n° 90-30 du 1^{er} décembre 1990 portant loi domaniale, *JORA* n° 52 du 2 décembre 1990, modifiée et complétée par la loi n° 08-14 du 20 juillet 2008, *JORA* n° 44 du 3 août 2008.

d'intérêt général, ce ne sont pas toutes les activités d'intérêt général qui sont érigées en services publics. Il est nécessaire en effet que s'exprime la volonté de la collectivité d'ériger une activité d'intérêt général en service public pour qu'il y ait matière à délégation de service public. On le sait, la conception du service public est évolutive et, à ce titre, les pouvoirs publics décident, en fonction de circonstances de lieu, de temps, des besoins de la population, que telle ou telle activité sera érigée en service public.

Il arrive toutefois que la concession domaniale soit comprise dans la délégation de service public. C'est ainsi que l'article 64 bis de la loi domaniale admet au profit des personnes privées « le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public, pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante ». Dans un tel cas de figure, le contrat de délégation de service public renferme les clauses ayant trait à l'exploitation des dépendances domaniales.

2 – La question de la rémunération de l'opérateur

Pour qualifier le contrat de délégation de service public, il est nécessaire que la rémunération du délégataire soit liée de manière substantielle aux résultats de l'exploitation. Un tel élément permet de distinguer entre la délégation de service public et le marché public, notamment dans le cas où ce dernier couvre une mission d'intérêt général. A titre d'exemple, l'article 35 de la loi relative aux transports terrestres précise que « Les collectivités territoriales doivent prendre toute disposition destinée à favoriser le transport scolaire dans les localités insuffisamment ou non desservies par les transports publics ». A cet effet, et en vue d'assurer cette prestation, elles peuvent « intervenir directement par leurs propres moyens ou par le recours à des conventions avec des opérateurs de transport public de voyageurs ». Dans cette dernière hypothèse, et dans le cadre de la convention conclue avec un transporteur privé, la collectivité publique peut s'impliquer de deux manières dans la gestion du service :

- soit elle souhaite confier la gestion du service public à un transporteur dans le cadre d'une délégation ;
- soit elle préfère commander une simple prestation de service à un transporteur en ayant recours aux procédures relatives aux marchés publics.

S'agissant d'un marché public, la rémunération du titulaire est assurée par la collectivité publique cocontractante tandis que dans l'hypothèse

d'une délégation, le délégataire perçoit sa rémunération sur les usagers³¹. Il arrive toutefois que la collectivité publique verse au cocontractant une partie de la rémunération, notamment pour couvrir des sujétions de service public, en conséquence de quoi le critère de l'origine de la rémunération devient inopérant. C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à poser la règle suivant laquelle la rémunération dans un contrat de délégation doit être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. A titre d'exemple, il a été jugé qu'une entreprise qui percevait 30 % des recettes provenant des résultats de l'exploitation était considérée comme délégataire. Ainsi, l'origine des ressources ne constitue plus nécessairement un critère décisif. Le juge fait de plus en plus appel à la notion de risque pour différencier la délégation du marché public. A titre d'exemple, dans une espèce ayant trait à un contrat de gestion d'un service public de traitement des déchets où la rémunération de l'entreprise était versée par la commune tout en étant liée aux performances du délégataire, le Conseil d'Etat a tranché en faveur de la qualification du contrat de délégation de service public dans la mesure où ladite rémunération est liée substantiellement aux résultats de l'exploitation³².

En somme, dans le marché public, la rémunération de l'entrepreneur ou du prestataire de services est garantie tandis que dans le cas d'une délégation de service public, ladite rémunération dépend de ses capacités à exploiter au mieux l'activité en cause. On dit d'ailleurs dans ce dernier cas qu'il assume l'exploitation à ses risques et périls. Comme le rappelle le Commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 1999 SMITOM, « ... La notion de rémunération liée substantiellement aux résultats de l'exploitation renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée "aux risques et périls du concessionnaire" »³³. C'est ainsi que dans le cas où la rémunération est proportionnelle au service rendu et ne laisse aucun risque financier à la charge de l'exploitant, le contrat est un marché public. C'est la position de la Cour d'Appel Administrative de Paris qui, dans une espèce, précise à propos de l'exploitation d'un centre municipal de vacances, « que cette rémunération proportionnelle au service rendu, qui ne laissait en outre à la charge de l'association exploitante aucun risque financier, constituait un prix versé par la commune en échange de prestations ; que la circonstance que les résultats de l'exploitation dudit centre aient également été liés à l'organisation de séjours de vacances pour

31 Voir Chabane Benakezouh, « Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (positions théoriques et cas pratiques) », *RASJEP*, n° 1, 2011, p. 84.

32 CE, 30 juin 1999, SMITOM, req. n° 198147, www.conseil-etat.fr/

33 Citée par Etienne Amblard, « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux. Elargir les choix pour améliorer la performance », *La Gazette des communes, des départements, des régions, Cahier détaché* n° 2 - 37/1711, 6 octobre 2003, p. 227.

des usagers extérieurs à la commune, auprès desquels l'association était autorisée à percevoir un prix destiné à la rémunérer, n'a pu donner audit contrat le caractère d'une délégation de service public et lui enlever son caractère de marché de droit public »³⁴.

C - Les modalités juridiques de la délégation conventionnelle

En Algérie, la notion de délégation conventionnelle de service public a été consacrée par la loi du 4 août 2005 relative à l'eau. Elle est mise en œuvre traditionnellement au moyen de divers procédés que sont la concession, l'affermage, la régie intéressée et la gérance. Il faut y ajouter le contrat de management qui semble faire l'objet d'un certain engouement des pouvoirs publics.

- **La concession** : il s'agit du mode de gestion le plus répandu qui consiste pour une collectivité publique à confier par contrat à une personne, physique ou morale, publique ou privée, dite concessionnaire, la gestion d'un service public dans le respect d'un cahier des charges. Le concessionnaire doit assurer le service à ses frais et risques. Ce mode de rémunération par les usagers constitue un élément essentiel de la conception classique de la concession. Le concessionnaire a souvent d'abord la charge de construire les ouvrages nécessaires à l'exécution du service. Il y a alors tout à la fois concession de travail public et de service public. La concession peut porter sur l'exécution de services administratifs aussi bien qu'industriels et commerciaux, être consentie à des établissements publics ou à des sociétés d'économie mixte comme à des sociétés privées. La collectivité concédante peut s'associer financièrement avec le concessionnaire.

- **L'affermage** : dans l'affermage, le service est assuré par un fermier, choisi librement par la personne publique qui lui délègue le service par voie contractuelle. Le fermier verse à la personne publique une redevance. Sa rémunération consiste en la différence entre les recettes qu'il réalise et cette redevance. La personne publique construit les ouvrages nécessaires à l'exécution du service et les remet en l'état. Ce mode de gestion est souvent utilisé par les communes pour les parcs de stationnement, ou la perception des droits de place dans les marchés hebdomadaires.

- **La régie intéressée** : le service est confié par contrat à un organisme, public ou privé, le gérant intéressé ou régisseur, rémunéré non en fonction des bénéfices qu'il réalise, mais d'autres éléments (économies réalisées, gains de productivité, amélioration de la qualité, etc...). Ce mode de gestion est assez proche de la gérance. Il s'en distingue essentiellement au niveau de la rémunération. Le gérant bénéficie en effet d'une rémunération

34 Cour Administrative d'Appel de Paris, 27 avril 2004, *commune de Corbeil-Essonnes c/ Association Proloisirs*, <http://paris.cour-administrative-appel.fr/ta-caa/>

forfaitaire. En pratique, les collectivités publiques ne semblent pas faire usage des deux procédés que sont la régie intéressée et la gérance.

- **Le contrat de management** : ce mode de gestion a été codifié en Algérie à la suite de l'adoption d'une loi du 7 février 1989³⁵. A la lecture des dispositions de l'article 1^{er} de la loi, on découvre que « Le contrat de management est le contrat par lequel un partenaire qui jouit d'une réputation bien établie, dénommé gestionnaire, s'engage à gérer au nom et pour le compte d'une entreprise publique économique ou d'une société d'économie mixte, moyennant rémunération, tout ou partie du patrimoine de cette dernière, en y apportant son label, selon ses normes et standards et à la faire bénéficier de ses réseaux de promotion et de vente ». Un tel procédé, on le voit, a été adopté par le législateur dans le cadre d'une politique de privatisation de la gestion des entreprises publiques économiques. Les personnes morales de droit public ne peuvent donc y recourir dans le cadre d'une procédure de délégation de service public. Toutefois, le décret exécutif portant création de l'Algérienne des eaux comme celui portant création de l'Office national de l'assainissement prévoient que les deux établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent faire réaliser certains de leurs programmes par voie de sous-traitance, de concession, de management ou toute autre forme de partenariat³⁶. On peut imaginer que les organismes en cause puissent conclure des contrats de management en vue de déléguer la gestion du service public de l'eau ou de l'assainissement comme les y autorise la loi relative à l'eau. Dans un tel cas de figure, le contrat répond parfaitement aux exigences de la délégation dans la mesure où la rémunération du gestionnaire est basée sur la productivité, les économies de gestion, les bénéfices, ce qui signifie que celle-ci est tirée de l'exploitation du service. En outre, et s'agissant du contrôle exercé sur le délégataire, l'article 7 de la loi précitée dispose que « Le gestionnaire est tenu de fournir au propriétaire tous renseignements sur l'exécution du contrat et de lui rendre périodiquement compte de sa gestion ».

35 Loi n° 89-01 du 07 février 1989 complétant l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975, modifiée et complétée, portant code civil, *JORA* n° 6 du 8 février 1989.

36 Art. 9 du décret exécutif n° 2001-101 du 21 avril 2001 modifié portant création de l'Algérienne des eaux, art. 11 du décret exécutif n° 01-102 du 21 avril 2001 portant création de l'office national de l'assainissement, *JORA* n° 24 du 22 avril 2001.

II – LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DÉLÉGATION CONVENTIONNELLE

La convention de délégation de service public obéit à un ensemble de règles dont la spécificité résulte du caractère de service public attaché à l'activité prise en charge par une personne privée. Outre les règles générales applicables à tout contrat administratif, la convention de délégation se voit soumise à certaines règles particulières s'agissant de la formation de la relation contractuelle, de l'exécution du contrat ou encore de la fin des rapports contractuels.

A - Formation du contrat

1 – L'autorité compétente

Les conventions de délégation de service public sont conclues par les représentants des collectivités publiques responsables de l'organisation du service. Au niveau local, le président d'APC reçoit compétence pour conclure de telles conventions au nom de la commune et ce, après délibération de l'assemblée locale. Lorsque la délégation relève de la wilaya, la convention est signée par le wali après délibération de l'APW. Lorsque la convention est signée au nom de l'Etat, la compétence relève en principe des prérogatives du ministre responsable du secteur. A titre d'exemple, en matière de transport maritime, la convention de concession accompagnée du cahier des charges est signée conjointement par le ministre chargé de la marine marchande et le concessionnaire. Toutefois, la concession des services de transport aérien de personnes et de marchandises doit d'abord être approuvée en conseil du gouvernement. Quant à la convention, elle est signée par le ministre chargé de l'aviation civile et est soumise à approbation par décret pris en conseil des ministres.

Enfin, lorsque le pouvoir de contracter relève de la compétence d'un établissement public, comme dans le cas de subdélégation en matière d'assainissement et de distribution d'eau potable, c'est le directeur général de l'établissement qui reçoit compétence pour signer la convention et ce, après délibération du conseil d'orientation et de surveillance.

2 - Les procédures

Dans certains cas, comme en matière de transport aérien ou maritime, de réalisation et gestion des autoroutes, le législateur ou le pouvoir réglementaire se contentent d'exiger du candidat à l'exploitation d'un service public des conditions ayant trait à ses qualifications professionnelles ainsi qu'à ses capacités financières. Dans d'autres cas, la conclusion d'une convention est soumise à des formalités qui rappellent celles prévues en matière

de marchés publics. Ici, l'administration est notamment soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence notamment à travers la mise en œuvre d'une procédure d'adjudication par appel à la concurrence qui doit être objective, non discriminatoire, transparente et doit assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires.

S'agissant de la délégation des services publics de l'eau et de l'assainissement, la loi prévoit en son article 105 que celle-ci « s'effectue par voie d'appel à la concurrence en précisant notamment la consistance et les conditions d'exécution des prestations mises à la charge du délégataire, les responsabilités engagées, la durée de la délégation, les modalités de rémunération du délégataire ou de tarification du service payé par les usagers et les paramètres d'évaluation de la qualité de service ». Une telle règle ne trouve pas application dans le cas de conventions de délégation « *in house* ». L'autorité délégataire peut confier librement la gestion du service public à une entité sur laquelle elle exerce un contrôle.

Dans le cas d'une délégation en matière de réalisation ou de gestion d'infrastructures de transport par route, la concession est octroyée à la suite d'un appel à la concurrence. Elle peut toutefois être consentie de gré à gré lorsque la procédure d'adjudication est restée infructueuse.

Le non respect des obligations de publicité et de mise en concurrence est sanctionné par le juge : il peut faire l'objet d'un référé devant le tribunal administratif. Ce dernier peut être saisi par requête en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats administratifs. Il peut être saisi avant la conclusion du contrat et ce, en vertu des dispositions de l'article 946 du code de procédure civile et administrative³⁷.

B - L'exécution du contrat

1 – Les obligations du délégataire

Certaines ont trait à l'exploitation proprement dite du service, d'autres ont trait au respect des règles qui gouvernent le service public, notamment s'agissant des relations entre délégataires et usagers, les dernières concernent les aspects financiers.

- Le délégataire est d'abord responsable de l'exécution du service public devant la collectivité délégante du service public. Il est tenu d'assurer une

³⁷ Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative, *JORA* n° 21 du 23 avril 2008. Sont habilitées à agir les personnes ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans la wilaya dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

gestion efficiente des biens de la délégation. A titre d'exemple, l'article 19 du cahier des charges-type relatif à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route impose au bénéficiaire de veiller à la conservation des biens concédés et procéder, à ses frais, à leur entretien, à la réparation ou au remplacement des éléments détruits ou dégradés. Il doit par ailleurs rendre compte de l'exécution de ses engagements au délégant et lui permettre d'exercer son contrôle. A titre d'exemple, la loi relative à l'eau précise en son article 110 que « Le délégataire est tenu de mettre à la disposition du concessionnaire tous documents techniques, financiers et comptables utiles à l'évaluation de la délégation de service public ».

Il reste que le délégataire est surtout tenu à une obligation d'exploitation personnelle. En effet, le contrat de délégation est conclu dans le cadre d'une relation personnalisée entre le délégant et le délégataire fondée essentiellement sur l'*intuitu personae*. Il en résulte que le délégataire ne peut valablement céder le contrat de délégation. Dans cette optique, et en matière de délégation de services de transport maritime, la réglementation précise que « La concession est personnelle, incessible et ne peut faire l'objet d'aucune forme de location. Elle est précaire et révocable »³⁸.

Toutefois, une telle règle subit des atténuations : lorsque le délégataire est une personne physique, la cession est autorisée au profit des ayants droit en cas de décès de l'intéressé et ce pour la période qui reste à courir jusqu'au terme du contrat³⁹. Dans d'autres cas, si la cession est autorisée, elle est toutefois subordonnée à l'accord préalable de l'autorité délégante. A titre d'exemple, en matière de transport aérien, si la concession peut faire l'objet d'un transfert à un tiers, une telle opération est soumise à l'approbation préalable de l'autorité chargée de l'aviation civile⁴⁰. Lorsque l'autorité rejette le projet de cession, le délégataire peut, soit continuer l'exploitation, soit demander l'annulation de la concession, à ses torts.

- En second lieu, le délégataire est tenu au respect des règles qui gouvernent traditionnellement le service public, soit les principes de continuité, d'égalité et d'adaptation constante ou de mutabilité du service.

A titre d'exemple et, au titre du principe d'égalité, la réglementation applicable en matière de concession d'autoroutes impose au délégataire l'égalité de traitement des usagers en matière de perception des péages, aucune forme de faveur n'étant admise.

38 Art. 11 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime.

39 Art. 12 al. 2 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 fixant les conditions relatives à la concession de la réalisation et/ou de la gestion des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route.

40 Art. 20 du décret exécutif n° 2000-43 du 26 février 2000 modifié et complété fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens.

Sur le registre de la continuité du service, et en matière d'exploitation d'autoroutes, « le concessionnaire est tenu de disposer en tout temps et, en cas de besoin, de mettre en œuvre sans délai, tous les moyens de nature à assurer en permanence, quelles que soient les circonstances la continuité de la circulation dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité »⁴¹. En cas de grève des agents du concessionnaire, celui-ci est tenu d'assurer un service minimum pour assurer la permanence de la circulation⁴².

- En troisième lieu, le délégataire est tenu à des obligations à caractère financier : il est en effet soumis au paiement de redevances au profit de la collectivité responsable du service public et qui sont basées sur la valeur locative de la dépendance domaniale concédée et/ou les résultats d'exploitation de ladite dépendance. Ainsi, en contrepartie de la concession, le concessionnaire des services de transport maritime est tenu de payer les droits fixés par la réglementation en vigueur. Il en est de même dans le cas d'une concession d'exploitation des services de transport public.

2 – Les droits du délégataire

En contrepartie des obligations à la charge du délégataire, ce dernier bénéficie d'un ensemble de droits. Le premier d'entre eux, et en toute logique, est celui d'exploiter le service durant toute la durée du contrat : celle-ci varie en fonction de la lourdeur des investissements mis à la charge du délégataire. Lorsque les installations doivent être réalisées par le délégataire, la convention de délégation tient compte de la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. Dans le cas où la délégation ne porte que sur la gestion du service, la convention est conclue pour une durée plus courte.

S'agissant des infrastructures d'accueil et de traitement de voyageurs par route, les rédacteurs du texte réglementaire font la distinction entre deux situations : la première est celle où la convention porte sur la réalisation et la gestion de l'infrastructure, dans ce cas de figure, le contrat est conclu pour une durée de vingt (20) ans au minimum. Dans le cas où elle porte exclusivement sur la gestion, le texte en fixe la durée minimale à dix (10) années⁴³. Dans le cas des transports aériens et maritimes, la convention de délégation est conclue pour une période de dix (10) ans et ce, dans la mesure où la réalisation des infrastructures n'est pas à la charge du délégataire⁴⁴.

41 Art. 12 du cahier des charges-type de concession d'autoroutes annexé au décret exécutif n° 96-308 du 18 septembre 1996 relatif à la concession d'autoroutes.

42 Ibid. Art. 13.4.

43 Ibid. Art. 11.

44 Art. 9 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime, art. 10 du décret exécutif n° 2000-43 du 26 février 2000 modifié et complété fixant les conditions et modalités d'exploitation des services aériens.

Le délégataire bénéficie en outre d'un droit à rémunération. Ici, il est nécessaire de faire la distinction entre deux types de modes de gestion du service public : lorsque la gestion est réalisée pour le compte de la collectivité publique, comme dans le cas d'une régie intéressée, d'un contrat de gérance ou de management, le délégataire reçoit une rémunération du délégant. Par contre, lorsque la gestion est réalisée aux risques et profits du délégataire, comme en cas de concession ou d'affermage, il a le droit de percevoir des redevances sur les usagers du service. A titre d'exemple, le concessionnaire d'infrastructures autoroutières perçoit les droits de péage ainsi que les redevances tirées de l'exploitation des installations annexes.

Enfin, le délégataire bénéficie d'un droit à une compensation financière à la charge du délégant lorsque des sujétions spéciales de service public non prévues dans la convention de délégation induisent un bouleversement de l'équilibre financier du contrat. L'aléa inhérent à toute entreprise se trouve limité dans le cas d'une délégation. L'idée est à la base de la théorie des sujétions imprévues. Le cocontractant doit être intégralement indemnisé des conséquences des difficultés matérielles d'exécution, extérieures à la volonté des parties et imprévisibles, qu'il rencontre. Le principe se dégage de deux théories jurisprudentielles, celle du fait du prince et celle de l'imprévision :

- La théorie du fait du prince prend en compte l'aléa résultant de l'exercice par l'autorité publique de ses prérogatives à l'encontre du cocontractant, aléa administratif. La puissance publique, le « prince », aggrave par son fait les conditions d'exécution du contrat et peut être tenue de verser à son cocontractant une indemnisation intégrale, égale au préjudice subi. A titre d'exemple, la loi relative à l'aviation civile précise en son article 51 que « l'Etat peut accorder au concessionnaire une compensation financière couvrant tout ou partie des charges de sujétions de service public qui lui sont imposées ».

- La théorie de l'imprévision prend en compte l'aléa économique. En cours d'exécution de contrats d'une certaine durée, des bouleversements économiques, étrangers à la volonté des parties, imposent au cocontractant une surcharge ruineuse. Matériellement l'exécution reste possible, sinon il y aurait force majeure et le particulier serait délié de ses obligations, mais devient économiquement désastreuse. La jurisprudence administrative est à l'origine de la théorie qui vise à assurer la continuité de la satisfaction de l'intérêt général et à partager l'aléa entre les parties. L'administration verse au particulier une indemnité lui permettant de poursuivre l'exécution.

Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait imprévision : les contractants n'ont pu raisonnablement prévoir les faits venant bouleverser la situation, étant donné leur caractère exceptionnel (guerre, cataclysme...); les faits doivent être indépendants de leur volonté ; ils doivent provoquer un réel bouleversement dans les conditions d'exécution du contrat. La situation d'imprévision est conçue comme essentiellement temporaire. Si

les conditions économiques qui l'ont provoquée se consolident et que le déficit se révèle définitif, les parties ont la faculté de conclure un avenant au contrat, un nouveau contrat sur ces nouvelles bases ou, s'il n'est pas possible de redresser la situation, de demander au juge de prononcer la résiliation du contrat.

3 - Droits et obligations de la personne publique responsable

Au chapitre des obligations, la collectivité publique est tenue d'exécuter ses obligations contractuelles. Dans le cas d'une convention d'affermage, par exemple, ou d'un contrat de management, elle est tenue à la rétribution du délégataire. Dans le cas d'une concession d'exploitation, et lorsque les installations sont à sa charge, elle se doit de les mettre à la disposition du délégataire en état de fonctionnement normal.

Toutefois, l'administration bénéficie surtout de droits et privilèges en tant que responsable de l'organisation et de la maîtrise du service public. A ce titre, elle dispose essentiellement de trois types de pouvoirs à l'égard du cocontractant : un pouvoir de modification unilatérale du contrat, un pouvoir de contrôle et un pouvoir de sanction.

a - Le pouvoir de modification unilatérale

L'administration peut imposer des modalités d'exécution non précisées au contrat et modifier unilatéralement les obligations de son cocontractant. Le privilège exorbitant de la modification unilatérale du contrat de délégation trouve sa source dans le principe de mutabilité du service public. En effet, les exigences de l'intérêt général peuvent changer et ne sauraient être tenues en échec par des stipulations contractuelles immuables. Cette règle, de portée générale, s'applique particulièrement en matière de délégation conventionnelle de service public. Mais, fondée sur la nécessité d'adapter le service à une situation nouvelle, son application ne se justifie que par ce motif et ne peut consister en une réduction des avantages financiers accordés au cocontractant.

Ici, on est amené à faire la distinction entre clauses contractuelles et clauses réglementaires. Ces dernières sont celles qui ont trait à l'organisation et le fonctionnement du service. Elles sont fixées de manière unilatérale par l'autorité administrative responsable de la gestion stratégique du service et peuvent se retrouver dans les règlements de service qui s'imposent lorsque le service est géré en régie ou par un établissement public. Les clauses de ce type peuvent être modifiées par le délégant et ce, au motif qu'il assume la gestion stratégique du service et doit, en conséquence, veiller à adapter de telles règles aux besoins du public usager du service. Dans ce cas, le délégataire est en droit d'obtenir une contrepartie financière à ses nouvelles obligations et, au-delà d'un certain volume de modification, de demander au juge de prononcer la résiliation du contrat. Quant aux clauses relatives

aux relations financières des parties, elles constituent le noyau dur des rapports contractuels et ne peuvent ainsi être affectées par une quelconque modification unilatérale.

b - Le pouvoir de contrôle

Si la gestion du service public fait l'objet d'une délégation au profit de personnes privées, cela ne signifie pas que l'administration se dessaisit de ses prérogatives ayant trait au fonctionnement du service dont elle demeure responsable. Elle garde en effet intactes ses prérogatives de décision et de contrôle, ce qui démontre qu'elle conserve la gestion stratégique du service public.

L'autorité délégante dispose à l'égard du délégataire d'un pouvoir de contrôle qu'elle exerce selon diverses modalités qui ont toutes pour but de lui permettre d'assurer un suivi de l'exécution de la convention de délégation. On distingue entre le contrôle sur pièces et le contrôle sur sites :

- **Le contrôle sur pièces** : Le contrat réserve à l'administration le pouvoir de contrôler les opérations d'exécution de la convention de délégation, d'exiger tout renseignement nécessaire pour lui permettre d'exercer son pouvoir de contrôle. Un tel type de contrôle s'appuie sur la fourniture d'informations périodiques comme la production d'un rapport annuel qui doit couvrir les aspects financiers de l'exploitation. A titre d'exemple, la loi relative à l'eau dispose en son article 109 que « Le concessionnaire doit soumettre à l'autorité concédante un rapport annuel permettant de contrôler et d'évaluer les conditions d'exécution de la délégation de service public ». Ledit rapport « et les appréciations qui découlent de son examen font l'objet d'une communication au Gouvernement ». Par ailleurs, les différents textes mettent à la charge du délégataire l'obligation de fournir des informations périodiques ainsi que des documents nécessaires à l'exercice par le délégant de son pouvoir de contrôle technique, financier, comptable et de gestion.

- **Le contrôle sur sites** : Les contrôles sur sites sont exercés par des agents mandatés par l'autorité délégante. Les agents de contrôle habilités peuvent, à tout moment, procéder à toutes vérifications utiles pour l'exercice de leur fonction, et en particulier effectuer les essais et mesures nécessaires, prendre connaissance sur place, ou disposer de copie de tous documents techniques ou comptables. A titre d'exemple, l'article 20 du décret exécutif n° 04-417 du 20 décembre 2004 relatif à la délégation d'exploitation d'infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs par route dispose que « Le concessionnaire est tenu de se soumettre aux inspections et contrôles effectués inopinément et régulièrement par les agents de l'autorité concédante et par ceux qui sont mandatés par le directeur des transports de wilaya territorialement compétent ».

c - Le pouvoir de sanction

L'administration bénéficie du pouvoir de sanction à l'encontre du délégataire de service public en cas de défaillance de ce dernier. Dans certaines situations, l'administration dispose du pouvoir de suspension de la convention. A titre d'exemple, le décret exécutif relatif à la concession d'infrastructures d'accueil et de traitement des voyageurs prévoit en son article 25 que « L'autorité concédante peut, en tout temps, suspendre provisoirement la concession si le concessionnaire viole ses obligations de façon grave ou répétée et ce, après deux (2) mises en demeure restées sans réponse ». Quant aux sanctions proprement dites, elles sont de trois types :

- Les sanctions du premier type visent à assurer l'exécution du contrat en dépit de la défaillance du cocontractant. L'administration s'y substitue ou y substitue un tiers, au moins provisoirement, et exécute elle-même, le cocontractant en supportant les frais et risques. La mise en régie s'applique lorsque la gestion s'effectue pour le compte de la personne publique comme dans le cas d'une régie intéressée ou d'une gérance. S'agissant d'une concession ou d'un affermage, la sanction prend la forme d'une mise sous séquestre.

- En second lieu, il faut signaler les sanctions pécuniaires stipulées au contrat, le cas échéant, et qui jouent dès que se produit le manquement prévu. Elles sont prononcées notamment par jour de retard, ou calculées après coup en fonction du dommage subi.

- Quant aux sanctions du troisième type, elles ont pour objet et pour effet de mettre fin au contrat. A signaler dans cette catégorie l'annulation de la convention, la résiliation-sanction, la déchéance. A titre d'exemple, en matière de concession d'autoroutes, l'article 30 du cahier des charges-type précise qu'en cas de défaillance du concessionnaire, l'autorité concédante prononce à son encontre la déchéance. S'agissant d'une concession de services de transport maritime, lorsque le délégataire interrompt l'exploitation de la concession pour quelque motif que ce soit, soit partiellement, soit en totalité, le ministre chargé de la marine marchande, après l'avoir mis en demeure de reprendre l'exploitation un délai de trois (3) mois, prononce l'annulation de la concession si le bénéficiaire n'a pas obtempéré aux injonctions de l'administration⁴⁵. Dans le cas de la concession en matière de transport aérien, les textes juridiques utilisent également la formule de l'annulation qui est prononcée par décret présidentiel pris en conseil des ministres.

45 Art. 32 du décret exécutif n° 08-57 du 13 février 2008 fixant les conditions et les modalités de concession d'exploitation des services de transport maritime.

C - La fin du contrat

Il est nécessaire de distinguer entre deux situations : celle qui résulte de l'expiration normale de la durée du contrat et celle qui est consécutive à sa résiliation.

1 – L'expiration normale de la durée du contrat

La fin du contrat se réalise normalement par l'exécution des obligations des parties ou l'expiration de la période pour laquelle le contrat a été conclu. Elle peut aussi se produire du fait de la volonté des parties ou par l'effet de la force majeure. Le cocontractant n'a aucun droit à la reconduction de la délégation. Dans une espèce ayant trait à une concession d'exploitation d'une gare routière, le Conseil d'Etat a jugé que le caractère précaire et révocable de la concession s'oppose à ce que le concessionnaire bénéficie d'un quelconque droit subjectif, dont notamment le droit à la reconduction tacite du contrat⁴⁶.

Au terme de la durée conventionnelle de la délégation, la question essentielle qui se pose a trait au sort de l'ensemble des biens meubles et immeubles indispensables ou utiles à l'exploitation de l'activité. Ces derniers obéissent à deux régimes juridiques différents.

Lorsque la délégation comprend la réalisation d'infrastructures par le délégataire (réalisation d'autoroutes, de ports, de gares, d'installations de production d'eau potable), on opère une distinction entre trois types de biens, mis à part les biens apportés par la collectivité délégante et qui restent sa propriété :

- Les biens de retour : ils recouvrent les biens meubles et immeubles indispensables au service délégué qui, tout au long de la durée de la convention, demeurent la propriété de l'autorité administrative et qui, à l'expiration de la convention, reviennent de plein droit à la personne publique et ce, sans indemnisation au profit du concessionnaire⁴⁷. A titre illustratif, on peut citer les stipulations contenues dans le cahier des charges-type relatif à la concession d'autoroutes qui précise en son article 29-1 qu'à l'expiration de la durée de la concession, « et par le seul fait de cette expiration, le concédant se trouvera subrogé à tous les droits et obligations du concessionnaire afférents à la concession ». Quant à l'alinéa

46 CE, 9 mars 2004, Sté de transport de voyageurs c/ Président de l'APC d'Oran, *Revue du Conseil d'Etat*, n° 5, 2004, p. 212.

47 Le Conseil d'Etat français range dans la catégorie les biens indispensables mais également « les biens nécessaires au fonctionnement du service ». Voir CE, sect. travaux publics, Avis n° 371234, 19 avril 2005, www.conseil-etat.fr/. Voir Yezza Zkirim, « La distinction classique des biens en délégation de service public », 2011, www.lepetitjuriste.fr/

2 du même article, il précise que le concédant « entrera immédiatement en possession des installations, des appareils et de leurs accessoires, des biens meubles et immeubles faisant partie de la concession ».

- Les biens de reprise : il s'agit des biens qui, tout en faisant partie intégrante de la délégation et appartenant au concessionnaire pendant la durée de la concession, sont utiles mais pas indispensables à son exploitation⁴⁸. Les biens de reprise peuvent, à l'expiration de la durée de la concession, être repris par le délégant en ce qu'ils ont vocation à rester attachés au service, mais à sa seule initiative et moyennant indemnisation du concessionnaire. A titre d'exemple, l'article 29-2 du cahier des charges-type relatif à la concession d'autoroutes stipule que « le cas échéant, les biens mobiliers qui pourraient être nécessaires au fonctionnement des installations annexes, sans faire partie de la concession, sont repris par le concédant ». Les biens de reprise comprennent notamment les biens meubles spécialisés tels que les véhicules utilitaires, les engins, les outillages, les mobiliers de bureau ainsi que, le cas échéant, les terrains et immeubles à usage de bureau, de magasin, de parcs de stockage ou zones de garage, d'atelier ou de laboratoire et, d'une manière générale, tous les biens utilisés nécessaires à l'exploitation du service concédé et qui ont vocation à rester affectés à cette exploitation.

- Les biens propres sont ceux qui restent la propriété du délégataire en fin de contrat et qui ne sont ni nécessaires, ni indispensables à la délégation de service public. La catégorie comprend tous biens meubles ou immeubles qui n'ont pas vocation à rester affectés à l'exploitation du service délégué, notamment des véhicules, mobiliers et matériels. Lorsqu'il s'agit de constructions, par exemple, le délégant est en droit d'en exiger la démolition aux frais du délégataire lorsqu'elles sont implantées sur le domaine public étant donné qu'elles ne font pas partie intégrante de la délégation de service public.

Dans d'autres situations, et au cas où ne sont pas en jeu des infrastructures, la personne publique responsable du service peut procéder au rachat des biens nécessaires à l'exploitation à l'échéance du terme de la convention. Le procédé, que la doctrine qualifie de manière impropre de « rachat contractuel »⁴⁹, consiste pour l'administration à acquérir de droit les biens propriété du délégataire. A titre d'exemple, la loi relative à l'aviation civile prévoit qu'au terme de la concession, l'Etat peut, lorsque le maintien en exploitation de la ligne concédée s'avère impératif, acquérir l'entreprise concessionnaire aux conditions prévues par le cahier des charges. En cas

48 Voir Emmanuelle Crochemore, « Sort des biens à la fin d'une délégation de service public », 2009, www.rlqc-law.eu/

49 Gilles J. Guglielmi, *Une introduction au service public*, Collection «Exhumation d'épuisés », Université Panthéon-Assas, Paris, 1994, p. 45.

de désaccord entre les parties, le montant des indemnités est fixé par le juge⁵⁰.

2 – La fin anticipée du contrat

La résiliation peut être prononcée par le juge à la demande du cocontractant. Elle est exclusive de toute indemnité en l'absence de faute imputable à l'administration. Le juge peut résilier le contrat à la demande du délégataire en cas de faute grave de l'administration, ce qui entraîne pour elle l'obligation d'indemniser le cocontractant lorsque les modifications qu'elle entend lui imposer unilatéralement excèdent certaines limites, ou dans certaines hypothèses de force majeure.

La fin du contrat peut se réaliser surtout par un procédé propre aux contrats administratifs que constitue la résiliation unilatérale par l'autorité administrative à titre de sanction en cas de faute grave du cocontractant. L'administration peut également mettre fin au contrat par décision particulière ou par acte réglementaire, dans l'intérêt du service, c'est-à-dire pour des motifs d'intérêt général. Cette prérogative constitue le prolongement du pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'autorité administrative et a pour contrepartie l'obligation d'indemniser intégralement le cocontractant du préjudice subi, y compris du manque à gagner, par application de la théorie du fait du prince⁵¹.

CONCLUSION

Au terme de ce bref aperçu, on constate l'absence d'un texte de référence qui fixe les règles générales applicables aux divers types de conventions que les collectivités publiques sont appelées à conclure en vue de confier la gestion opérationnelle d'un ensemble d'activités d'intérêt général à des opérateurs du secteur privé. On aura remarqué en effet que de telles règles varient d'un secteur à un autre, que ce soit au point de vue des procédures de conclusion des conventions, du régime applicable aux biens de la

50 Art. 119 de la loi n° 98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile. Il s'agit du tribunal administratif, juge du contrat, qui est compétent pour résoudre les litiges ayant trait au montant de l'indemnisation.

51 Voir à titre d'exemple, Cour d'Alger, Ch. adm., 8 novembre 1967, Khelif Malek c/ Commune de Sidi-Aïssa et préfet de Médéa, H. Bouchahda, R. Khelloufi, *Recueil d'arrêts. Jurisprudence administrative*, OPU, Alger, 1985, pp. 24-25. Dans cette espèce, le juge considère « qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la résiliation d'un contrat par l'administration, fût-elle dans l'intérêt général, comporte en contrepartie le droit du cocontractant à une indemnité qui comprend la prise en considération de tous les avantages que le cocontractant aurait tiré de l'exécution du contrat jusqu'à l'expiration de son terme ».

délégation, des pouvoirs de la collectivité délégante notamment en matière de contrôle sur la gestion du délégataire.

Certes, les services diffèrent d'un domaine à un autre et cet élément de diversité doit laisser aux collectivités publiques la souplesse et l'adaptabilité nécessaire à chaque situation particulière. Il n'empêche que quel que soit le secteur d'activité, on est en présence d'une activité d'intérêt général érigée en service public. A ce titre, il serait utile que le législateur se penche sur une telle question non pas pour unifier le régime applicable aux différents types de délégation, mais au moins pour édicter dans un texte général, les règles juridiques qui constitueraient un tronc commun en la matière, à l'image de ce qui existe pour les marchés publics⁵².

52 Une telle nécessité se fait d'autant plus sentir qu'on relève une grande confusion dans la législation comme dans la nouvelle loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune, *JORA* n° 37 du 3 juillet 2011.