

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

Contrôle et obtention des informations

L'ESSENTIEL

■ Pouvoir inhérent à la délégation

L'administration dispose d'un pouvoir de contrôle du bon fonctionnement du service délégué et doit en particulier s'assurer de la poursuite des objectifs définis en termes de coûts et de qualité de service rendu, tout en veillant à la conservation de ses droits patrimoniaux.

■ Information incomplète ou refusée

L'autorité délégante, pour s'assurer de la bonne exécution de la convention de délégation de service public, doit obtenir l'ensemble des informations et documents nécessaires au contrôle de l'activité déléguée. Confrontée à un éventuel refus, ou à des informations incomplètes, elle dispose de différents moyens d'action.

UNE ANALYSE DE

Sophie Garnier & Béatrice Nicolas,
avocats, Selarl Sphère Publique

Le pouvoir général de contrôle de la personne publique cocontractante constitue l'une des prérogatives de puissance publique caractérisant les contrats administratifs. L'importance de ce contrôle et de son efficacité est régulièrement rappelée par la Cour des comptes.

Si le principe même de ce pouvoir de contrôle est généralement prévu par le contrat lui-même, au travers de clauses qui en organisent les modalités d'exercice, celui-ci, entendu comme pouvoir de surveillance de l'exécution du contrat, existe d'office (1).

Ce pouvoir de contrôle est attaché de manière plus spécifique aux délégations de service public. Celui-ci trouve en effet sa justification dans le fait que c'est l'administration qui reste responsable du bon fonctionnement du service, aussi bien au regard des principes généraux régissant tout service public, telle l'égalité des usagers, la continuité ou l'adaptabilité du service, qu'au regard de la bonne application des clauses du contrat. L'administration doit, en particulier, s'assurer de la poursuite des objectifs qu'elle a définis en termes de coûts et de qualité du service rendu, ainsi que de la conservation de ses droits patrimoniaux.

Après avoir rappelé les contours de ce pouvoir (I), seront examinés les moyens dont disposent les autorités délégantes pour obtenir les éléments indispensables au contrôle des conditions d'exécution du service (II), puis les modalités de prise en charge de ce contrôle (III).

I. Contenu du pouvoir de contrôle

Dès lors qu'une activité est exploitée dans le cadre d'un service public, il appartient à l'autorité délégante d'en encadrer l'exercice ainsi que les modalités de mise en œuvre, conformément aux principes régissant tout service public, et ce, en vertu de son pouvoir de contrôle. Il s'agit là d'un contrôle interne, réalisé par l'autorité délégante avec ses méthodes et ses moyens propres, lequel se distingue des contrôles externes qui portent sur le respect des procédures administratives et budgétaires mises en œuvre à l'occasion de la dévolution ou de l'exécution du contrat, tel le contrôle financier, le contrôle du comptable public ou des juridictions financières.

La plupart du temps, le contrôle interne est organisé par les stipulations du contrat. Cependant, et comme le rappelle Emmanuel Glaser, conseiller d'Etat, dans une récente étude passant en revue les pouvoirs dont dispose la collectivité concédante à l'égard du délégataire de service public, dans la mesure où « la collectivité compétente pour orga-

À NOTER

La plupart du temps, le contrôle interne est organisé par les stipulations du contrat.

niser le service public en cause est, en principe, compétente pour contrôler l'exploitation de ce service par le délégataire», « il [...] paraît difficile de ne pas reconnaître à l'administration, même en l'absence de toute stipulation contractuelle en ce sens, un pouvoir de surveillance et de contrôle des conditions dans lesquelles le

DOCUMENTATION

■ «Délégation de service public», sous la direction du professeur Laurent Richer, Editions du Moniteur.

RÉFÉRENCES

■ Code général des collectivités territoriales (CGCT), articles L.1411-2, L.1411-3, R.1411-7 et R.1411-8.

contrat s'exécute et notamment du respect par le cocontractant de ses obligations» (2). Sur ce fondement, le cocontractant est tenu de communiquer à l'autorité délégante tous documents et informations requis par elle portant sur l'exploitation du service délégué. Le pouvoir de contrôle a en effet pour corollaire un droit d'information justifiant l'obtention des documents nécessaires au contrôle effectif du service. La collectivité délégante doit être mise en mesure de s'assurer du respect de l'ensemble des engagements contractuels de son délégataire. Ce pouvoir de contrôle s'exerce tout au long de la vie du contrat.

Pour en faciliter la mise en œuvre concrète, l'article L.1411-3 du CGCT (3) impose au délégataire de produire chaque année, avant le 1^{er} juin, à l'autorité délégante, un rapport comportant notamment les comptes retra-

À NOTER
L'analyse de la qualité du service est appréciée à partir d'indicateurs définis d'un commun accord.

çant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité

de service. Ce rapport doit être assorti d'une annexe permettant d'apprécier les conditions d'exécution du service.

Le décret n° 2005-236 du 14 mars 2005, longtemps annoncé, est venu énumérer les informations que doit contenir à minima ledit rapport, à travers l'article R.1411-7 du CGCT. Ces dispositions sont applicables à tous les rapports présentés pour tout exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 2006 (article 4 du décret).

Le texte est très détaillé quant aux données comptables à communiquer. Ce rapport doit respecter les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente.

L'analyse de la qualité du service est, elle, notamment appréciée à partir d'indicateurs définis d'un commun accord. En outre, le délégataire doit communiquer toutes informations utiles relatives à l'exécution du service tels les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Ces dispositions légales seront utilement précisées dans la convention de délégation de service public afin de tenir compte des spécificités du secteur d'activité concerné. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport doivent être tenues par le délégataire à la disposition du délégant dans le cadre de son droit de contrôle.

II. Obtention des informations nécessaires au contrôle de l'activité déléguée

Il est donc essentiel pour les autorités délégantes d'obtenir l'ensemble des informations et documents leur permettant de s'assurer de la bonne exécution de leur convention de délégation de service public, nécessaires, précisément, au contrôle de l'activité déléguée.

Or, les collectivités peuvent être confrontées au refus du délégataire de leur transmettre les éléments demandés ou au caractère incomplet des informations transmises. Elles ont, alors, à leur disposition différents moyens d'action.

A. Sanctions pécuniaires

Selon les dispositions inscrites dans leurs conventions, les collectivités délégantes pourront, tout d'abord, appliquer l'une ou l'autre des catégories de sanctions pécuniaires suivantes: les pénalités et les dommages et intérêts.

Les pénalités peuvent être émises aux fins de sanctionner le refus ou le retard dans la communication des documents et informations requis, par l'autorité délégante à l'encontre de son cocontractant, lorsque la convention prévoit expressément l'application de ce type de sanctions. En effet, les pénalités ont nécessairement un caractère contractuel et forfaitaire.

La nature même de ce type de sanctions impose donc d'identifier expressément, au préalable par voie contractuelle, l'ensemble des manquements pour lesquels des pénalités pourront être infligées, et de déterminer, également par le biais du contrat, le taux de ces pénalités.

Des dommages et intérêts peuvent être prononcés par les autorités délégantes en cas de manquement de leur cocontractant

à leurs obligations, même dans le silence des contrats. En préalable, celles-ci devront toutefois démontrer que les manquements sanctionnés leur ont causé un préjudice et

À NOTER
Préalablement à tout recours, la collectivité doit avoir usé des moyens dont elle dispose pour obtenir les documents et informations litigieux, telles des mises en demeure demeurées sans effet.

justifier du montant réclamé, les dommages et intérêts constituant en effet non seulement une sanction, mais également une réparation pécuniaire du préjudice résultant pour elles de la faute de leur cocontractant.

tant pour elles de la faute de leur cocontractant.

Aussi, afin de pouvoir utiliser la mesure coercitive que constituent les pénalités, il est recommandé de prévoir, dans la convention, une pénalité par jour de retard apporté à la communication des comptes rendus annuels techniques et financiers ou en cas de communication incomplète d'un tel compte rendu.

B. Saisine du juge des référés

Les autorités délégantes peuvent, en outre, saisir le juge administratif des référés, afin que celui-ci enjoigne à leur délégataire, sous astreinte, de produire les documents nécessaires au contrôle de la délégation. Cette procédure est un moyen utile d'obtenir, dans un délai raisonnable, les documents et informations nécessaires à l'exercice du pouvoir de contrôle de l'administration.

En préalable, il sera rappelé que, par principe, l'administration n'est pas recevable à demander au juge administratif qu'il prononce des injonctions, lorsqu'elle a elle-même le pouvoir de prendre de telles décisions. L'administration a en effet le privilège de l'exécution forcée d'office.

La collectivité peut toutefois saisir le juge d'une telle demande, lorsqu'elle est dépourvue de la possibilité d'agir d'office, ou qu'elle est dans l'impossibilité d'exercer utilement >

(1) André de Laubadère, dans son « Traité des contrats administratifs », écrivait ainsi que « l'administration dispose normalement à cet égard de moyens dépassant les facultés de surveillance que les particuliers peuvent exercer dans leurs relations contractuelles (...) » n°1166, p.386 et s.
(2) « Mise en œuvre du principe d'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil », étude publiée en septembre 2008 à l'initiative de l'Arcep.
(3) Issu de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (loi Sapin) telle que modifiée par la loi n°95-127 du 8 février 1995.

les pouvoirs dont elle dispose (4). Dans ce cas, l'administration saisit le juge des référés, dans le cadre d'un référé conservatoire, lequel peut alors aboutir à la prescription de toutes mesures utiles, notamment des injonctions, éventuellement assorties d'une astreinte (*Code de justice administrative, art. L.521-3*).

Le prononcé de mesures conservatoires est subordonné à quatre conditions :

- l'urgence, la nécessaire continuité du service public pouvant suffire à caractériser l'urgence du recours ;

- l'utilité de la mesure sollicitée, le juge estimant ici que dès lors qu'aucune stipulation contractuelle ne permet d'obtenir la communication des documents sollicités et dont seul l'examen permettrait d'engager d'éventuelles sanctions à l'encontre du délégataire, la condition d'utilité de la mesure sollicitée est remplie ;

- l'absence d'obstacle à l'exécution d'une décision administrative ;

- l'absence de contestation sérieuse de la prétention.

Par ailleurs, et préalablement à tout recours, la collectivité doit avoir usé des moyens dont elle dispose pour obtenir les documents et informations litigieux (telles des mises en demeure demeurées sans effet). En cas d'échec des moyens mis en œuvre en vertu de ses pouvoirs propres, son action se trouvant

À NOTER

Le juge a considéré que la production des éléments techniques et financiers demandés s'imposait pour assurer la continuité du service public, qui ne se limite pas à l'exécution des opérations techniques mais s'étend à leur suivi et à leur contrôle.

conditionnée par l'acceptation de son cocontractant d'obtempérer et de coopérer, la collectivité pourra alors envisager de saisir le juge des référés aux fins d'injonction de son délégataire de produire

les pièces demandées. Sa requête pourra être assortie d'une demande de prononcé d'astreinte afin d'assurer l'exécution de la décision du juge. Le prononcé d'une astreinte permet en effet de mettre à la charge du délégataire une certaine somme d'argent par jour de retard dans l'exécution de la décision du juge, dont le montant est fixé par ce dernier. La pertinence du référé conservatoire dépend de la précision des injonctions demandées au juge (liste détaillée des pièces demandées, utilité de leur production, etc.).

Le juge administratif des référés a récemment fait droit aux demandes de communication de documents relatifs à leur réseau câblé exploité dans le cadre de délégations de service public, formulées par deux communes à l'égard de leur cocontractant, l'une en cours d'exécution du contrat, l'autre à son terme (5).

Constatant que les communes n'avaient pu obtenir de la part de leur délégataire les in-

À NOTER

Selon la Cour des comptes, les frais qu'engagent les collectivités au titre du contrôle sont largement compensés par les gains issus de celui-ci, lorsqu'il existe réellement

formations indispensables au suivi et au contrôle de leur réseau, le juge a alors enjoint à celui-ci de leur communiquer sans délai ces éléments. En l'occurrence, il s'est

agi, notamment, de l'état quantitatif du matériel, l'état des immobilisations, le compte de résultat propre à la gestion du réseau communal, les comptes rendus techniques et financiers, le taux de pénétration des services ainsi que la grille tarifaire.

Le juge des référés s'est appuyé sur les termes des articles L.1411-3, R.1411-7 et R.1411-8 du CGCT pour rappeler que le délégataire a l'obligation de produire chaque année, au cours de la convention, à la collectivité délégante, un rapport d'activité intégrant les documents visés par celle-ci.

Le juge a considéré que la production des éléments techniques et financiers demandés s'imposait pour assurer la continuité du service public qui ne se limite pas à l'exécution des opérations techniques, mais s'étend à leur suivi et à leur contrôle. Considérant que la nécessité d'assurer cette continuité justifie à elle seule l'urgence de la demande de ces deux communes, le juge a en outre assorti l'injonction faite au délégataire d'une astreinte de cinq cents euros par jour de retard.

Les collectivités délégantes voient donc confirmer la possibilité qui leur est ouverte de saisir le juge administratif dans le cadre d'un référé, lequel peut aboutir à la prescription de toutes mesures utiles.

Cette procédure d'urgence peut porter sur une demande d'expertise ou tendant, comme dans ces deux espèces, à ce qu'il soit enjoint au délégataire de produire les éléments techniques, commerciaux et économiques nécessaires au contrôle du service délégué et ce, sous astreinte.

III. Modalités de prise en charge du contrôle

Plus qu'un droit, le contrôle de l'activité déléguée par la collectivité publique est nécessaire pour la bonne marche du service. Pour autant, dans son rapport particulier concernant la gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement, la Cour des comptes relevait que la mise en place d'un contrôle du délégataire n'était pas toujours ressentie comme une démarche normale et utile, et était plutôt considérée comme une charge supplémentaire.

Toutefois, soulignait-elle, « les frais qu'engagent les collectivités à ce titre sont largement compensés par les gains issus du contrôle lorsqu'il existe réellement ». Surtout, il est possible pour la collectivité, qui décide de se doter de véritables moyens d'exercer ce contrôle, de prévoir dans la convention de délégation de service public une redevance qu'elle percevra auprès de son délégataire, au titre des frais qu'elle exposera pour assurer ledit contrôle.

Consacrés dans leur principe par la jurisprudence du Conseil d'Etat, les frais de contrôle du concessionnaire par le concédant constituent des dépenses qui présentent un lien suffisamment étroit avec la concession. La collectivité délégante peut ainsi faire supporter au délégataire une redevance au titre des missions de contrôle de la collectivité publique. Le montant et le mode de calcul de la redevance doivent être justifiés, conformément aux dispositions de l'article L.1411-2 du CGCT. ■

(4) CE 13 juillet 1956, « OPHLM département Seine », req. n°37656.
(5) Ordonnances TA Strasbourg 5 août 2008, req. n°0702642 et 0703789.