

LE FINANCEMENT PRIVÉ DU DÉVELOPPEMENT LOCAL

PAR

Gilles J. GUGLIELMI

*Professeur de droit public à l'Université de Picardie Jules Verne
ESSEC (83)*

*“Ni les bonnes volontés individuelles, ni les capitaux même ne manquent en France, tout se brise contre la mauvaise volonté administrative, le formalisme, l’hostilité des bureaux, le manque absolu de souplesse de notre machine.”
Hubert Lyautey, *Lettres du Tonkin*, 20 oct. 1894, A. Colin.*

INTRODUCTION : Lettre du Tonkin

Poser la question du financement privé du développement local est apparemment étrange. La notion de développement local est couramment interprétée comme l’obtention d’une croissance économique harmonieuse dans un espace territorial déterminé, et en tous cas infra-étatique. A ce point, de deux choses l’une : ou ce développement local est le fait de l’ensemble des agents économiques locaux, agissant de manière indistincte, et le financement ne peut être que privé, mais il n’est pas le seul : la stratégie, la gestion, l’exploitation sont privées, au sens où elles sont celles d’un agent mis à égalité avec les autres. Le financement de ce développement met en œuvre une logique économique qui n’a rien de spécifique, ni dans ses buts (profit), ni dans ses méthodes (instruments économiques ou juridiques). Ou bien le développement local est d’une manière significative influencé par l’intervention d’un agent particulier, une collectivité locale, une personne de nature publique. Il s’agit alors, en quelque sorte, d’un développement local public, et dans ce cas, la “tradition française”, le savoir-faire français, de satisfaction des besoins collectifs

appelle habituellement un financement public, c'est-à-dire, directement ou non, un financement par l'impôt destiné à compenser la différence entre le coût de production et la contribution demandée au bénéficiaire.

Dans cette dernière hypothèse, envisager un financement privé du développement local public, c'est adopter une logique étonnante, et ce pour deux raisons. D'abord, les collectivités locales considèrent que les marchés ne réussiraient pas à produire de manière optimale des services collectifs - c'est ce qui justifie leur intervention -, mais elles pensent simultanément qu'un financement privé, donc obéissant à une logique de marché, est non seulement possible, mais souhaitable - car le financement par l'impôt n'est plus satisfaisant. Ensuite, les plaidoyers en faveur du développement local sont en général effectués contre "le développement venu d'en-haut" ou le "*capitalisme a-territorial*"¹ parce qu'il est fondé sur des logiques de profit plutôt que sur la valorisation des ressources locales et le maintien des équilibres. Or rechercher un financement privé, c'est précisément entrer dans cette logique du profit.

Quelle est donc la cause principale d'une telle contradiction apparente des termes ? Si l'on s'en tient à une stricte logique du financement, elle se trouve dans une formule simple : "*le tarissement des modes traditionnels de financement public*"². Il n'est guère envisageable, en effet, qu'un accroissement durable de la fiscalité permette dans les années à venir un financement massif du développement local³. Le poids des prélèvements obligatoires est assez difficilement supporté, et les transferts de fiscalité de l'Etat vers les collectivités locales qui ont connu un certain succès jusqu'à cette année, devront bien marquer une pause. La fiscalité directe locale représente aujourd'hui 14% des prélèvements obligatoires⁴. L'endettement, lui, a pu connaître des fortunes variées. Les communes ont conservé une charge stable, alors que départements et régions voyaient un accroissement significatif de la charge de leur dette.

En réalité, traiter du financement privé du développement local, c'est, contrairement à l'intitulé de cette matinée, s'occuper non des ressources des collectivités locales, mais de leur absence de ressources. Le recours au financement privé n'est en général conçu que comme un stratagème ou un avatar dans la réalisation d'une opération déterminée, par ailleurs, par une volonté politique⁵.

1. Greffe (X.), *La décentralisation*, coll. Repères, La découverte, 1992, p. 26.

2. Teryn (G.) et Prud'homme (R.), "Le financement des équipements collectifs : bilan et perspectives", op. coll., *Le financement des équipements publics de demain*, Economica, 1986, p. 26 et pp. 28-33.

3. Guengant (A.) et Uhaldeborde (J.-M.), *Crise et réforme des finances locales*, PUF-GRAL, 1989, pp. 81-146.

4. "La fiscalité directe locale (1988-1991)", *Notes Bleues*, n° 577, février 1992.

5. Cela explique que la notion de financement privé soit surtout apparue à l'occasion de problèmes de technique fiscale. Cf. Le Gall (J.-P.), "La fiscalité du financement privé des équipements collectifs", *AJ* 1990.3.

C'est ainsi, afin de rester dans le même ordre d'idées, qu'il a paru nécessaire de rappeler, dans un premier temps, une évidence. Il existe un mode privilégié de financement du développement public local, le financement par l'emprunt, qui est un financement privé typique (I). Dans un second temps, pour dépasser l'apparente unité d'une telle évidence, la recherche de solutions nouvelles ou imaginatives en matière de financement privé s'impose. Elle mène à constater, à cause de l'absence de modèle en la matière, le caractère atypique de ces modes de financement (II).

I - LE FINANCEMENT PAR EMPRUNT, FINANCEMENT PRIVÉ TYPIQUE

La première forme de financement privé du développement local, par son ampleur et sa simplicité de principe, est le financement par emprunt. Une telle affirmation aurait pu sembler exagérée ou théorique il y a encore une dizaine d'années⁶. Pourtant, les lois de décentralisation de 1982-1983 et surtout la libéralisation du crédit en 1984-1985 ont totalement renouvelé les fondements de ce type de financement. De manière significative, lorsque le Conseil des ministres en janvier 1991, a incité la Cour des comptes à publier des fascicules distincts du rapport public annuel, le premier rapport particulier a été consacré à la gestion de la trésorerie et de la dette des collectivités locales. L'enjeu financier est de taille, puisque les dépenses totales des 53 000 entités locales dépassaient 700 milliards de francs en 1990, dont plus de 300 milliards consacrés à l'investissement.

Le financement du développement local par emprunt est typiquement privé, à la fois parce qu'il est un financement par des établissements privés, et parce qu'il ne se distingue plus, dans son contenu, des financements accordés à d'autres agents.

Un financement par des établissements privés

Les acteurs du financement par emprunt, tout d'abord, ont changé. Le groupe Caisse des dépôts et consignations - Caisses d'épargne était traditionnellement en position de quasi-monopole. En 1981, il représentait presque 65 % de l'encours des prêts au secteur local. Six ans plus tard, il ne compte plus que pour 16 %. Les établissements financiers qui ont profité de ce désengagement progressif sont de deux natures. D'une part, la Caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales (C.A.E.C.L.), devenue Crédit local de France (C.L.F.), qui participait pour 20 % en 1981 est passée à 50 % du financement. D'autre part, les autres établissements financiers, banques et établissements non spécialisés, ont doublé leur "part de marché" dans le financement local, de 17% à 34%.

6. Cf. cependant Lerousseau (B.), "Les emprunts des collectivités locales auprès du secteur privé", *AJ* 1978.428.

A cet égard, il faut remarquer que le Crédit local de France, fondé en 1987 sous la forme d'une société anonyme à conseil de surveillance, est devenu un établissement privé de manière ostensible mais indépendamment de tout débat politique. Sous le dernier gouvernement de la IX^e législature, 25% du capital du Crédit local de France ont été mis sur le marché en novembre 1991 en application d'un décret du 4 avril 1991 précisant les conditions très libérales dans lesquelles le capital des entreprises publiques pouvait s'ouvrir aux participations privées, comme une "respiration" du secteur public. Ce texte a été abrogé par un décret n° 93-1041 du 5 septembre 1993 en application de la loi de privatisation de 1993, mais le premier gouvernement de la X^e législature a totalement privatisé le Crédit local de France par un décret du 17 juin 1993.

Dans le même ordre d'idées, même si les autres établissements ne sont pas tous des personnes privées, il faut remarquer d'une part que la loi de privatisation prévoit un transfert massif prochain au secteur privé, d'autre part, que leur logique d'entreprise demeure une logique privée. La plupart des établissements ont d'ailleurs fondé un département "collectivités locales" ou des satellites spécialisés⁷. Ils ont approfondi notablement leur connaissance du secteur local et des circuits financiers et de décision publics. Ces entreprises financières privées maîtrisent donc aujourd'hui la plus large part du financement du développement local par l'emprunt.

Un financement au contenu banalisé

A l'époque des financements par la Caisse des dépôts et consignations, le financement d'emprunt était lié à l'attribution de subventions et au respect d'un cahier des charges propre à la Caisse. La disparition de ces principes après 1982 traduit la liberté du plan de financement d'une opération de développement local mais aussi la nécessité pour la collectivité locale de négocier sur la base de sa situation financière.

En ce qui concerne les taux d'intérêt, l'évolution est frappante. Les prêts de la Caisse des dépôts et consignations bénéficiaient de taux privilégiés inférieurs de un à six points au taux du marché. Ces taux privilégiés étaient réservés aux projets dotés de subventions. Ils ne pouvaient exister qu'en raison d'une structure particulière des marchés financiers et d'un fort taux d'épargne des ménages. La période inflationniste de 1974 à 1983, et la baisse de ce taux d'épargne ayant fortement raréfié les ressources, les prêts à taux privilégiés ont été considérablement réduits, à tel point que l'on peut dire que depuis 1987 cette catégorie n'a plus de réelle signification. Les taux d'intérêts des prêts aux collectivités locales peuvent être considérés comme banalisés⁸ et

7. Klopfer (M.), "Les collectivités locales, une nouvelle clientèle pour les banques ?", *Rev. Banque* 1985, n° 456, p.1138.

8. Von Lowis (R.), "Vers de nécessaires adaptations des pratiques actuelles et des formes nouvelles de prêts", op. coll., *Le financement des équipements publics de demain*, Economica, 1986, p. 341.

la baisse récente des taux d'intérêt profite à tous les types d'emprunteurs sans considération particulière pour leur nature publique ou privée, ni pour la finalité de l'opération à financer. Cette banalisation des taux se confirme du côté de la ressource. Ainsi le Crédit local de France a-t-il depuis sa création réduit les taux en se procurant des ressources sur le marché monétaire.

Par ailleurs, les prêts aux collectivités locales, relativement simples au plan technique, étaient réputés à faible risque. De 1987 à 1991, cependant, les marges sont devenues très faibles, et le risque a indéniablement augmenté. Aussi ces établissements financiers ont-ils de plus en plus tendance à considérer les prêts destinés au financement du développement local comme des prêts ordinaires quant à cette dimension.

En ce qui concerne enfin la durée des prêts, une évolution s'est aussi produite. Jusqu'au milieu des années 1980, les collectivités locales empruntaient instinctivement pour de longues durées. Le critère de la durée était en effet second par rapport à l'annuité de remboursement, seul indicateur saisi par la comptabilité publique et visible de l'extérieur. Or, on sait combien le ratio annuité/recettes de fonctionnement est un indicateur doté d'une forte inertie et qui peut masquer des distorsions de durée d'endettement ou de capitalisation d'intérêts⁹. Ce choix de gestion, judicieux en période d'inflation et de hausse des taux d'intérêt est vite apparu inadapté dans un contexte économique inverse. Ainsi, dans un premier temps, les prêts à taux révisables (en général sur le TMO) ont fait leur apparition dans les modes de financement du développement local. Puis, la durée des prêts a pu être réduite, ce qui cadre bien avec la diminution souvent constatée de la durée de vie des équipements collectifs financés. Là encore, les formes du financement s'alignent sur celles des agents économiques privés¹⁰.

Enfin, de nouveaux instruments financiers sont apparus, combinant toutes les formes de financement au-delà des classifications traditionnelles, comme la facilité de financement à options multiples (*Multi-option financing facility*, M.O.F.F.). Ce montage financier combine les financements à court terme et à long terme, pour des montants de 150 millions de francs au minimum¹¹. Il nécessite un appel d'offres et la constitution d'un syndicat bancaire. L'originalité de ce produit résulte du fait que chaque ligne de crédit est fondée sur des taux, des index financiers et des monnaies différentes, et reste indépendante l'une de l'autre. Les avantages de la MOFF sont nombreux : la gestion de trésorerie peut devenir fine grâce à la ligne de crédit à court terme qu'elle

9. Klopfer (M.), « Indicateurs d'endettement des collectivités territoriales et procédures d'alerte », *RFFP* 1991, n° 35.

10. Les collectivités locales les plus averties ont tiré les conséquences de ce raisonnement stratégique au cœur même de leur gestion financière en liant cette réduction de financement à la réduction des durées d'amortissement et à la régulation infra-annuelle de leur trésorerie, Tissidre (A.), « Le financement externe et la gestion de trésorerie des collectivités territoriales », *Rapport au Conseil économique et social*, publ. JO, 1988.

11. Borne (J.-M.), et Gatin (P.), « La M.O.F.F. comme instrument de financement des collectivités locales », *Rev. du Trésor*, 1991, n° 5, p. 295.

comporte toujours ; les financements à court terme peuvent être convertis en emprunts à long terme par consolidation ; quoique constituant un produit global, elle n'interdit pas le recours à d'autres modes de financement auprès d'autre établissements financiers ; la gestion de l'ensemble de la dette peut enfin bénéficier d'arbitrages entre index et monnaies à chaque tirage. Ses inconvénients ont pourtant été soulignés par la Cour des comptes¹². La M.O.F.F. semble tout d'abord contraire aux principes posés par le Code des communes qui sépare nettement les compétences générales de l'ordonnateur local de celles qu'il n'exerce que par délégation de l'organe délibérant¹³. Ensuite, le rôle de la banque chef de file du syndicat bancaire ne réalise pas les conditions d'une concurrence parfaite entre établissements financiers prêteurs. Enfin une commission de crédit forfaitaire pèse sur les collectivités locales en cas d'utilisation insuffisante des lignes ouvertes, ce qui n'était pas le cas dans les formules classiques d'emprunts des collectivités locales.

Les expériences de M.O.F.F. en cours¹⁴ ne révèlent ni catastrophe, ni bénéfice extraordinaire pour les collectivités locales. Elles semblent simplement confirmer cette banalisation des modes de financement, non pas au sens de l'uniformisation des formules, mais au sens d'un rapprochement des logiques et des montages financiers destinés aux personnes publiques et aux personnes privées.

En conséquence de ces premières tendances, les collectivités locales ont de plus en plus recours au mode de financement par l'emprunt. L'exemple des régions le montre de manière particulièrement frappante. En 1992, pour faire face à un accroissement de 12% des dépenses, les ressources des régions ont progressé de 14%. Cette progression des ressources est due à un recours massif à des emprunts nouveaux, qui ont augmenté de 51% entre 1991 et 1992. Toutes les régions ont emprunté en 1992. L'encours a augmenté de 9 milliards de F (c'est-à-dire de 35%) en un an¹⁵.

Au-delà de ce mode typique de financement, que l'évolution récente aligne sur une logique privée, apparaissent de surcroît de nouvelles solutions de financement privé du développement local. C'est cette promotion de modes de financements atypiques qui mérite aujourd'hui de retenir l'attention.

12. Cour des Comptes, *La gestion de la trésorerie et de la dette des collectivités territoriales*, Rapport spécial au président de la République, nov. 1991, p. 76.

13. C. communes, art. L. 122-19 et L. 122-20.

14. La Réunion, Cour des Comptes, *op. cit.*; Le département d'Eure et Loir, Borne (J.-M.), et Gatin (P.), *op. cit.*; La région Ile-de-France, Cf. Maisonhute (J.), "Une première pour les collectivités territoriales : la MOFF d'Ile-de-France", *Le Quotidien du Maire*, 20 déc. 1988.

15. Le poids de l'emprunt dans le total des ressources est donc passé de 15 à 20%. Le taux de couverture des investissements par l'emprunt de 23 à 32%. Le taux d'exécution des emprunts, de 87% en 1991, s'élève à 122% en 1992. Enfin, la charge d'intérêts a augmenté de 22% en raison du quadruplement des encours d'emprunts à court terme, mais ceux-ci ne représentent que 1% de l'encours des emprunts à moyen terme, Cf. *NBB* n° 23, déc. 1993, p. 28.

II - LA PROMOTION DE MODES DE FINANCEMENT ATYPIQUES

Il n'est pas possible dans le cadre d'une courte intervention d'étudier en détail la subtile variété des modes de financement privé appliqués ou susceptibles de s'appliquer au développement public local. Les financements bancaires classiques sont parfois moins classiques qu'ils n'y paraissent, et les financiers font preuve, comme on l'a constaté avec la M.O.F.F. d'une grande imagination pour renouveler les instruments de financement. On pourrait aussi penser aux différents financements du C.E.P.M.E., au nantissement de marchés, à la cession de créances publiques selon la procédure de la loi Dailly, au "*throughput agreement*"¹⁶, toutes opérations qui permettent le financement, ou le report du financement sur d'autres agents, d'opérations locales. En revanche, un mode de financement de projet "sans recours" ou "à recours limité", outre qu'il ne relève pas d'un cadre juridique spécifique, s'est jusqu'à présent plus adressé à l'Etat pour des projets de grande envergure (Eurotunnel, pétroles de la mer du Nord), qu'aux collectivités locales¹⁷.

Deux exemples méritent cependant qu'on s'y arrête quelque peu, car ils semblent traduire très nettement à la fois la nécessité économique de recourir à des financements originaux, et les problèmes posés par l'utilisation de certaines techniques, notamment contractuelles, qui relèvent de logiques différentes. Le premier est celui d'un mode de financement qui permet d'individualiser le financement dans l'opération de développement local ; le second est celui d'un mode de financement qui fait de l'exploitation un élément de rémunération du financement initial.

Le financement par crédit-bail, ou le financement identifié

Le crédit-bail est la location d'un bien avec promesse unilatérale de vente. Il concerne trois acteurs : le propriétaire du bien, fournisseur ; l'établissement de crédit qui achète le bien, crédit-baillleur ; la collectivité locale utilisatrice qui loue le bien au crédit-baillleur par contrat lui donnant la possibilité d'acheter le bien à un terme et un prix convenus.

16. Ou accord d'utilisation, "*contrat de droit anglo-américain dans lequel l'utilisateur d'un ouvrage futur pour l'usage exclusif duquel l'ouvrage est construit, d'une part, s'engage à payer des loyers suffisants pour couvrir les coûts opératoires et assurer le service de la dette sur une période assez longue pour la rembourser avec les revenus prévisibles du projet; d'autre part, s'engage de façon irréversible à faire des paiements d'avance sur loyers futurs au cas où les loyers deviendraient insuffisants*". Cf. Sarmet (M.), "Les techniques nouvelles de financement privé d'ouvrages publics permettant la coopération entre secteur public et secteur privé", in Lesguillons (S.) et Sarmet (M.), dir., *Le financement privé des équipements publics à l'horizon 1993*, FEC, 1991, p. 79 ; "Les financements en partenariat public-privé", *Rev. Banque* 1991, n° 517, p. 603.

17. Nul doute cependant que ce mode de financement corresponde assez bien aux besoins des collectivités locales. Ses critères de mise en œuvre nécessitent que les investissements de ces collectivités soient conçus comme des projets et fassent l'objet d'une véritable gestion de projet, ce qui serait la conséquence logique d'une certaine tendance au dessin organisationnel (cf. conclusion). Pour un examen de ces critères, Cf. Sarmet (M.), *loc. cit.*, pp. 86-97.

Cette forme de financement a été le plus souvent réservée aux biens mobiliers isolés¹⁸, ordinateurs, matériel roulant, aéronefs, mais il est possible de l'utiliser pour des projets locaux complexes de type val ou tramways. Il existe aussi un crédit-bail immobilier au régime spécifique¹⁹, qui fut utilisé initialement pour financer les investissements en télécommunications.

La particularité de ce mode de financement au regard de notre objet est de dissocier le contrat de financement de l'investissement, conclu avec une société financière, et le contrat d'exploitation éventuellement passé avec une autre personne juridique. En termes de choix de gestion, le crédit-bail permet de diversifier les intervenants, en retenant pour l'exploitation celui qui dispose de la meilleure expertise technique, et pour le financement celui qui possède la plus grande puissance financière. Cette distinction autorise donc à prévoir des durées, et des garanties différentes pour les deux types de contrats.

Le principe d'utilisation et les avantages du crédit-bail

A titre principal, le problème que pose le financement par crédit-bail est la possibilité même de son utilisation par les collectivités locales. La loi du 2 mars 1982 et son décret d'application du 24 novembre 1983 ont certes donné aux collectivités compétentes pour mener à bien le développement local, la liberté de principe du choix de leur mode de financement. Pourtant, il faut bien constater que l'article 350 du Code des marchés publics interdisant par principe l'insertion dans un cahier des charges ou un marché, de clauses de paiement différé, n'a pas été modifié pour autant²⁰. Pour régler provisoirement la question, les théoriciens de la matière considèrent que l'interdiction de l'article 350 n'est que relative, car le texte même prévoit ses propres dérogations. De plus, la pratique constante de cette technique de financement a poussé le législateur à la rationaliser en prévoyant, dès 1987, un régime juridique spécial incitant les collectivités locales à s'adresser à des intermédiaires financiers spécialisés. Par ailleurs le crédit-bail est bien sûr utilisable par une personne privée chargée de la gestion d'un service public, ou utilisant pour les besoins du développement local, le domaine public.

La technique du crédit-bail possède des avantages certains et classiquement reconnus. Le premier est de permettre à la collectivité locale utilisatrice de disposer immédiatement d'un bien qu'il lui serait impossible de financer en une seule fois. Le second avantage est faire figurer ces engagements dans les frais de fonctionnement et non dans les frais d'investissement. Le troisième est de convenir particulièrement aux biens soumis à une péremption technolo-

18. Loi du 25 juillet 1966.

19. Ordonnance du 28 septembre 1967, fondant les SICOMI; et dans le domaine particulier des économies d'énergie, loi du 15 juillet 1980, décret du 20 janvier 1981, fondant les SOFERCIE.

20. Cf. les remarques de M. Contamine-Raynaud, "Crédit-bail et location financière", in Bréchon-Moulènes (C.), dir., *Le financement des marchés publics*, Dalloz (ADPE), 1986, p. 77; et Guibal (M.), *Code des Marchés publics annoté et commenté*, Ed. Le Moniteur, 1992 (m.à.j. 1993), ss. art. 350.

gique rapide²¹, mais aussi à ceux de longue durée de vie et à rentabilité progressive. Enfin, le crédit-bail utilise le droit de propriété en garantie d'un crédit, ce qui assure la sécurité du prêteur, argument ayant acquis un poids certain, depuis qu'il a été constaté que la solvabilité des collectivités locales n'était plus absolue.

Néanmoins l'utilisation du crédit-bail se heurte à des objections nombreuses.

- La première est une objection de principe. Considérer en effet l'intérêt principal du crédit-bail comme étant d'afficher des dépenses de fonctionnement à la place de dépenses d'investissement, est à l'évidence une manière de contourner les principes, sinon les règles, de la comptabilité, non seulement budgétaire et publique, mais aussi privée.

On sait en effet que la comptabilité privée impose aux entreprises de faire figurer hors bilan, mais dans leurs comptes annuels, les engagements pris au titre du crédit-bail. Il faut par ailleurs rappeler deux principes de comptabilité publique. D'une part, la règle du service fait est un obstacle de principe aux avantages techniques du crédit-bail. Elle s'oppose en effet à la fois au règlement "terme à échoir", et aux remboursements dégressifs, puisqu'en début de période au moins, les redevances sont supérieures au service financier rendu par le prêteur. D'autre part, les paiements différés sont exclus au moins dans la matière des marchés publics (art. 350, C. march. pub. préc.), en raison principalement du principe d'annualité.

Bien sûr, il existe de nombreux textes spéciaux prévoyant des dérogations pour certains types d'équipements, mais des principes budgétaires et financiers empreints de réalisme restent pertinents, et la matière manque pour le moins d'unité.

- La seconde objection est d'ordre général. La technique du crédit-bail peut sembler en contradiction avec les principes forgés par la jurisprudence en matière de contrats administratifs.

Selon ces principes, la personne publique contractante peut à tout moment décider de la résiliation d'un contrat transférant la gestion d'un service public en invoquant l'intérêt du service, c'est-à-dire, en réalité, l'intérêt général. La jurisprudence reconnaît ce pouvoir à la personne publique "en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation" du contractant²². La tendance est même à l'extension

21. Nécessité reconnue par un Avis de la C.C.M., *Rev. march. pub.*, n° 265, avril-mai 1992, p. 5.

22. CE Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec.246, *AJ* 1958.2, p. 282, concl. J. Kahn, *D* 1958.730, note de Laubadère, pour tout contrat administratif, en l'occurrence marché de fournitures ; CE Ass., 2 février 1987, *Soc. TV6*, Rec.28, *AJ* 1987.314, chr., *RFDA* 1987.29, concl. Fornacciari ; CE, 22 avril 1988, *Soc. France 5*, Rec.157, *AJ* 1988.540, note B.D., *RA* 1988.240, note Terneyre, pour des concessions.

de cette résiliation dans l'intérêt du service, puisque selon l'expression aujourd'hui utilisée en jurisprudence, la personne publique peut en décider "alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle" ne l'aurait prévu. Or, le crédit-bail est un contrat à durée déterminée, irrévocable, sauf faculté de résiliation unilatérale au profit du bailleur, en cas de défaillance du preneur. Normalement ces contrats ne prévoient pas de résiliation pour le preneur. En matière de marchés publics, la résiliation par la personne publique entraîne, certes, indemnisation, mais le montant de l'indemnité n'est pas aussi élevé que celui que peut atteindre l'indemnité de résiliation prévue dans les contrats de crédit-bail²³. Ce point impose donc une négociation particulière.

Par ailleurs, même si la résiliation est prévue par le contrat, elle peut parfois faire l'objet de clauses illicites. Dans une affaire *Eurolat*²⁴, le Conseil d'État a en effet jugé que les clauses soumettant la résiliation d'un bail, couplé à un prêt, à l'accord préalable du prêteur étaient contraires aux nécessités de fonctionnement du service public, aux règles de la domanialité publique, et nulles de plein droit. Il s'agissait d'une association fondée à l'initiative d'un syndicat intercommunal pour réaliser une maison de retraite publique. Le syndicat lui avait consenti un bail emphytéotique sur un terrain sous condition d'y construire les logements prévus, avec clause de retour de ces constructions au syndicat à l'expiration d'un délai de 99 ans. L'association avait souscrit un emprunt auprès de deux établissements financiers, lesquels avaient réservé dans le contrat de prêt une clause soumettant à leur accord toute demande de résiliation pour inexécution du bail emphytéotique. A la suite de l'annulation de l'ensemble des contrats, le juge administratif, passant au travers de l'association, a logiquement constaté que les immeubles construits devaient être considérés comme inclus dans le patrimoine du syndicat. La situation contractuelle n'est donc pas pour le prêteur privé aussi avantageuse que lorsqu'il agit dans un domaine purement privé.

• Une troisième objection peut être faite à l'utilisation de la technique du crédit-bail comme mode de financement du développement local.

Lorsque le crédit-bail est utilisé par une personne privée chargée de la gestion d'un service public, il peut y avoir défaillance et le prêteur privé peut souhaiter réaliser sa garantie en récupérant les équipements faisant l'objet du contrat. Or, là encore, les principes régissant le fonctionnement des services publics, et notamment la continuité peuvent s'opposer à une telle opération.

23. L'indemnité forfaitaire des marchés publics a rarement dépassé 5%. Dans les marchés publics de travaux, la demande d'indemnité non fixée en pourcentage forfaitaire, doit être motivée (CCAG du 21 janvier 1976 modifié, art. 46.1). Dans les contrats de crédit-bail, une indemnité forfaitaire de 8% est en général pratiquée, à l'exclusion des contrats concernant des particuliers, régis par un mode de calcul spécial. Cf. Guglielmi (G. et A.S.), "L'indemnité de résiliation prévue à l'art. 21 de la loi du 10 janvier 1978", *Gazette du Palais*, n° 218 à 220, 6/8 août 1989, p. 2-5.

24. CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat*, Rec. 141, *AJ* 1985.620, note Fatôme et Moreau, *RFDA* 1986.24, concl. Genevois, *RTD S.S.* 1986.296, note Alfandari.

Lorsqu'un service public peut être identifié, le juge administratif prend en considération les intérêts propres du service et la conservation des matériels d'exploitation est considérée comme un gage de la continuité future²⁵. Des voies d'exécution peuvent donc être pratiquées sur les biens des personnes privées chargées d'un service public industriel et commercial, mais sous réserve que cette procédure "*ne compromette pas le fonctionnement régulier et continu du service public*"²⁶.

• D'autres objections pourraient être soulevées à propos de l'utilisation du crédit-bail immobilier par les collectivités locales, notamment au regard des principes relatifs au domaine public, comme l'inaliénabilité du domaine public²⁷. D'autres encore peuvent surgir des demandes de garanties des prêteurs lorsqu'une personne privée exerçant son activité sur le domaine public envisage l'acquisition par crédit-bail immobilier des installations situées sur ce domaine.

On en conclura que l'utilisation du crédit-bail comme mode de financement privé du développement local n'est guère confortable, si l'on s'en tient à son régime général et à l'offre privée des établissements financiers. Cependant, pour compenser ces inconvénients, un régime spécial a été instauré par le législateur, de manière à garantir une certaine sécurité tant aux établissements financiers qu'aux collectivités locales.

Un régime incitatif de recours au crédit-bail

L'article 87 de la loi de finances pour 1987 permet aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics, et à leurs concessionnaires, même privés, de recourir au crédit-bail pour financer certains équipements à deux conditions : que ces derniers soient producteurs de recettes, et que ces recettes soient assujetties à la T.V.A.

Les équipements concernés sont de deux sortes. Un premier type est toujours éligible au financement par crédit-bail. Il s'agit des activités à caractère industriel et commercial, de la location de locaux industriels ou commerciaux spécialement aménagés, de la distribution d'énergie (gaz, électricité, chauffage), des transports publics, des parcs de stationnement (hors voie publique), des ports et aéroports, des remontées mécaniques, des bases de loisirs.

Un deuxième type d'équipements est éligible à condition que la collectivité locale soumette le régime de l'investissement à la T.V.A., option irrévocable

25. CE Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, Rec.484, RDP 1965.700, note Waline et 1210, concl. Bertrand.

26. CA Paris, 11 juillet 1984, *SNCF c/ GARP*, D 1985.2.174.

27. Pour un exemple très intéressant, Cf. Lécivain (A.), "Le financement privé des grands réseaux européens de transport : problème de mise à disposition des terrains", in Lesguillons (S.) et Sarmet (M.), dir., *Le financement privé des équipements publics à l'horizon 1993*, FEC, 1991, p. 209.

pendant 5 ans. Sont ainsi attirés la distribution d'eau et l'assainissement, la collecte et le traitement des ordures ménagères facturés en redevance, les abattoirs, les marchés d'intérêt national, l'exploitation du domaine agricole, la location de locaux non aménagés.

En revanche, les équipements sociaux et culturels, sportifs ou éducatifs ne sont pas susceptibles d'être financés en crédit-bail.

Dans ce régime, le crédit-bail est réalisé par les Sofergie, dont le champ d'application initial (économies d'énergie) a été étendu²⁸. Le contrat de crédit-bail est conclu entre une collectivité locale et la Sofergie, qui est juridiquement le propriétaire du bien financé. La collectivité locale demeure en fait maître d'ouvrage pour le projet (définition, passation des marchés, contrôle). Les dispositions de ce contrat peuvent prévoir une levée anticipée de l'option d'achat.

Si le contrat de crédit-bail est passé entre le concessionnaire et la Sofergie, la collectivité locale conserve cependant toute sa liberté, car dans le régime juridique adopté, le financement est lié au bien et non au concessionnaire. Ainsi, à la levée d'option par le concessionnaire en fin de contrat, l'équipement financé est transféré à la collectivité concédante. Si, pour d'autres raisons, la concession se termine avant la fin du contrat de crédit-bail, la collectivité concédante peut succéder au concessionnaire, présenter un nouveau concessionnaire ou tout simplement mettre fin au contrat en bénéficiant de l'option d'achat par anticipation.

Le marché d'entreprise de travaux publics, ou le financement globalisé

Le financement privé d'une opération de développement local peut également être obtenu de manière indirecte, par l'utilisation de certaines formes de contrats administratifs. L'exemple classique en est la concession, mais cette forme connue ne convient en première approche qu'à la gestion d'un service public classique et bien identifié. Le marché d'entreprise de travaux publics est une formule utilisée dans des cas moins tranchés. Il apparaît étonnant d'étudier en tant que tel un marché de travaux publics, mais depuis quelques années, on s'est rendu compte que ces marchés comportaient non seulement la réalisation de travaux et d'ouvrages publics, mais encore l'exploitation d'un service public grâce à ces travaux et ouvrages²⁹. On appelle ainsi marché d'entreprise de travaux publics un contrat par lequel une personne publique responsable d'un service public charge un tiers, d'une part, de la réalisation

28. Pour des exemples chiffrés de réalisations des Sofergie dans leur régime juridique initial, Chanet (J.-P.), "Possibilités et perspectives de financement des équipements publics en crédit-bail", in Terny (G.) et Prud'homme (R.), dir., *Le financement des équipements publics de demain*, Economica, 1986, p. 365.

29. Gaudemet (Y.), "Le marché d'entreprise de travaux publics", *Moniteur TPB*, 23 déc. 1988, p. 44.

des installations nécessaires à un service public, d'autre part, de leur exploitation, en contrepartie d'une rémunération versée par la personne publique à ce tiers.

Les marchés d'entreprise de travaux publics présentent des traits communs par rapport aux concessions qui confient simultanément aux tiers la construction et l'exploitation de services publics, et que l'on qualifie de concessions de travaux et de service public³⁰. Cependant, au lieu de se rémunérer par les redevances perçues sur les usagers, la personne privée est directement payée par la personne publique. Cette caractéristique exclut, pour la jurisprudence administrative, la qualification de concession³¹.

Sans qu'il soit possible d'entrer ici dans les détails, il a fallu admettre que le marché d'entreprise de travaux publics est un marché public³², principalement soumis à ce titre à un régime juridique qui demeura longtemps différent de celui des autres contrats opérant transfert de la gestion opérationnelle des services publics, mais qu'il emprunte à ces derniers certains éléments matériels : une durée très longue, la possibilité pour le juge de prononcer l'annulation des résiliations irrégulières³³. Au plan financier, il est remarquable que ce marché réalise, de fait, un financement privé d'opérations de développement local³⁴.

L'exemple le plus marquant fut celui de la région Ile-de-France pour la construction et l'entretien des établissements scolaires. La situation était

30. Bezançon (X.) et Van Ruymbeke (O.), "Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ?", *AJ* 1990.813. De plus, la loi du 3 janvier 1991, transposant la directive communautaire du 18 juillet 1989, semble modifier la notion de concession de travaux en l'associant à l'exploitation de l'ouvrage auprès des usagers.

31. C'est d'ailleurs le but premier de la jurisprudence en la matière que de requalifier des contrats de concession ou d'affermage mal nommés, Cf. CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec.812 ; CE, 26 novembre 1971, *Soc. SIMA*, Rec.723, *RDP* 1972.239, concl. Gentot et 1245, note Waline, *AJ* 1971.649, chr. ; CE, 8 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec.246, *RFDA* 1986.231, concl. Dandelot.

32. Terneyre (P.), "Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages publics collectifs, le marché d'entreprise de travaux public", *Mél. Auby*, 1992, p. 315. En réalité, le marché d'entreprise de travaux publics pose un réel problème de classement dans les catégories actuelles du droit administratif. Si ce marché constitue l'achat par une personne publique de prestations complexes, en échange d'un prix, on ne saurait soutenir d'une part que la possibilité d'exploiter le service public soit un élément du prix. La prise en charge d'un service public est une décision politique lourde et non un procédé détourné de facturation. Le service public ne constitue pas un fonds de commerce. On ne saurait non plus négliger, d'autre part, le fait que, concrètement, les tâches confiées aux entrepreneurs dépassent la simple prestation matérielle de tâches élémentaires du service public et s'étendent à l'exécution même du service public, à la gestion opérationnelle. Il s'agit d'un problème de frontière. Par ailleurs, comme l'a fait remarquer F. Chouvel au cours du colloque, il n'est pas exclu que la jurisprudence administrative ait tendance à limiter très fortement la qualification de marché d'entreprises de travaux publics.

33. CE, 9 décembre 1983, *SEPAD*, Rec.498, *RFDA* 1984.34, concl. Genevois.

34. "A la frontière entre Budget et hors-Budget : le marché d'entreprise de travaux publics", *Gestion Locale*, août-sept. 1992, p. 13.

nette : malgré l'intervention de l'Etat³⁵, les financements n'étaient couverts qu'au tiers. Pour faire face à un programme de rénovation des lycées de 10 milliards de francs, pour 339 établissements, la région Ile-de-France a utilisé le marché d'entreprise de travaux publics comme base d'un montage financier complexe³⁶. Des entreprises ont été sélectionnées après appel d'offres pour assurer à la fois le financement et l'exécution des travaux de construction et de gros entretien de ces lycées³⁷. L'option est donc inverse des cas de recours au crédit-bail. Ici, le financement n'est pas isolé, il est intégré à la prestation. La région s'est engagée pour sa part à verser à ces entreprises une rémunération forfaitaire annuelle.

Les avantages de cette façon de procéder sont comparables à ceux du crédit-bail. La collectivité locale peut globaliser son programme de développement au lieu de procéder par établissement. Le financement et le préfinancement sont assurés par le cocontractant³⁸. Le paiement forfaitaire annuel peut être calculé en fonction des capacités financières de la collectivité, et la charge d'endettement ne se trouve pas aggravée. Les entreprises, quant à elles, bénéficient d'un volume d'activité garanti pendant la durée, assez longue, du contrat (10 ans) et d'avantages fiscaux divers.

Les objections, en revanche, sont spécifiques. Au contraire du crédit-bail, en effet, il n'est pas possible d'individualiser le coût du financement. Le coût global du montage est supérieur à celui qui résulterait de marchés de travaux gérés par la collectivité locale maître d'ouvrage, et d'opérations de financement séparées³⁹. Enfin, et l'argument est fondamental, lorsqu'une collectivité locale conçoit l'ouvrage et l'organisation du service, mais pas son financement ni son exploitation, le risque est grand de voir exprimer des exigences excessives dans la conception, qui pourraient alourdir le coût et les conditions d'exploitation supportées par la personne privée. Or, dans le cas d'une sous-évaluation de l'annuité servie par la collectivité locale à l'entreprise, le dilemme serait le même que pour les concessions atteinte par un état d'imprévision : refuser la réévaluation et voir l'opération, dont toute l'ingénierie est extérieure à la collectivité, suspendue ; ou l'accepter et aboutir à une charge d'annuité bien supérieure à celle qui convenait à la structure financière de la collectivité.

35. Fonds de rénovation des lycées du décret n° 91-10 du 23 janvier 1991, *JO* 24 janvier; Dotation globale de décentralisation «enseignement», Dotation régionale d'équipement scolaire, et taux bonifiés sur des financements de la Caisse des Dépôts.

36. *Mon. TPB*, 29 juin 1990, p. 78 et 20 décembre 1991, p. 40.

37. On notera d'ailleurs que ces entreprises ont été sélectionnées au terme d'un appel d'offres sur performances, dont le principe a été postérieurement posé par les art. 99 et 303 du Code des marchés publics, tels qu'ils résultent de la loi du 29 janvier 1993.

38. C'est d'ailleurs le résultat recherché par l'Etat dans la loi n° 90-587 du 4 juillet 1990, art. 18, qui lui permet de transférer la maîtrise d'ouvrage de constructions d'universités aux collectivités locales. Le préfinancement ne lui incombe plus, il doit donc être pris sur le budget des collectivités locales.

39. Comme le remarquent généralement les praticiens, et notamment pendant le présent colloque, M. J.-F. Kapps, Directeur financier du Conseil général de l'Oise.

CONCLUSION : Le bon sens du Baron Louis

La question du financement privé du développement local, prise au sens strict des instruments juridiques et financiers, peut bien, un instant de raison, être séparée de celle de la participation des personnes privées à l'intervention publique, c'est-à-dire de l'économie mixte, et de celle de la mise à contribution de l'usager.

Mais en réalité, il s'agit d'un problème d'ensemble.

Un financement privé peut résulter du financement du développement local par ses bénéficiaires et non par les contribuables. On peut songer aux usagers, ou encore aux bénéficiaires d'externalités, dans le cas où ces derniers peuvent être identifiés et leurs bénéfices évalués. Mais il faut rappeler qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un financement, car le paiement ainsi réalisé est postérieur à l'investissement nécessaire. Il y a là, plutôt, un complément au transfert d'une intervention publique locale à une personne privée, complément qui permet à la personne privée d'apprécier la rentabilité de l'investissement et donc de préciser son choix quant au mode de financement.

Plus qu'un complément, appréciable par provision, le financement privé peut n'être qu'une simple conséquence de la gestion privée d'un service public. Dans ce cas, la véritable décision des collectivités territoriales ne porte pas sur le financement, mais sur le choix même du mode de gestion d'un service public, ou d'une intervention publique. Il s'agit d'un choix stratégique qui doit dépasser de beaucoup la question du financement. En d'autres termes le problème de financement, quoique très lourd en pratique, ne doit pas être déterminant, car il reviendrait à faire passer les moyens avant les fins et avant la volonté politique. Cette décision peut devenir cruciale dans les années à venir. En effet, avant 1993, les collectivités locales possédaient deux niveaux de choix. Le premier consistait à choisir le mode de gestion du développement local : soit faire (en régie), soit faire faire (par transfert à une autre personne juridique). Le second choix, dans l'hypothèse d'un transfert de gestion, consistait à élire la personne chargée de cette gestion. Dans les deux cas, le choix était discrétionnaire, il relevait d'une appréciation d'opportunité de la collectivité locale et n'était susceptible devant les juridictions administratives que d'un contrôle restreint⁴⁰. Or, depuis la loi du 29 janvier 1993, la liberté de la collectivité locale dans le second choix, bien que maintenue dans son principe, se trouve en réalité fortement contrainte par le respect de procédures analogues à celles des marchés publics. Le poids stratégique de la décision va donc

40. Quant au libre choix du mode de gestion, régie ou transfert à une personne juridique distincte : concl. Romieu sur CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec.363 ; CE, 18 mars 1988, *Loupias*, Rec.975, *RD*P 1988.1460, *DA* 1988.289, CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, req. 138504, s'agissant d'affermage ; CE, 28 juin 1989, *Synd. du personnel des ind. électriques et gazières du centre de Grenoble*, *RFDA* 1989.929, concl. Guillaume, note Lachaume, à propos d'une société d'économie mixte. Quant au libre choix du cocontractant, Cf. par ex. CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, *RD*P 1986.847, concl. Dutheillet de Lamothe ; *AJ* 1986.284, chr. ; *RFDA* 1987.2, notes Delvolvé et Moderne.

se reporter sur la seule décision de principe qui reste soumise à un contrôle restreint : faire ou faire faire. Dans cette perspective, le mode de financement ne peut que passer au second plan et résulter techniquement d'un choix d'organisation bien plus fondamental.

En fait, la question du choix du financement est liée à un phénomène de grande ampleur qui affecte le mode de réaction actuel des personnes publiques. Les formes d'intervention publique sur le développement local ont profondément changé depuis la décentralisation de 1982, en raison non pas tant des possibilités offertes par le cadre juridique qu'elle représente, que des nécessités de s'adapter à des fluctuations économiques totalement inconnues en France jusqu'alors⁴¹. La "privatisation locale"⁴² au-delà de son aspect conjoncturel traduit un changement de mentalité dans l'action des collectivités locales en ceci : l'organisation même de la structure publique est devenue une variable ; elle devient adaptable aux objectifs politiques. L'ère du dess(e)in organisationnel public est née⁴³.

Il serait possible d'avancer l'interprétation suivante. La personne publique locale, en tant que structure d'organisation administrative, c'est-à-dire en tant qu'ensemble de rapports juridiques stables unilatéraux ou contractuels et de flux d'information, tend, suivant des modalités variables, à se dématérialiser, à devenir une forme plus souple permettant de mieux s'adapter aux influences de l'environnement en recourant au principes de la quasi-intégration connu pour les entreprises privées⁴⁴.

Si l'on se pose alors la question des déterminants de ces stratégies de dématérialisation des personnes publiques, les approches possibles sont nombreuses. S'agit-il d'agissements fondés sur la rationalité économique et

41. Est-il besoin de justifier que les entreprises et collectivités publiques des Etats-Unis sont plus familières des cycles économiques alternant croissance et récession (1982 ; 1991) que leurs homologues françaises, lorsque la simple diminution du PIB de 0,8% sur la seule année 1993 fut considérée dans notre pays comme une dépression gravissime et un drame national, après dix-huit années d'une croissance toujours positive ?

42. Broussolle (D.), "Les privatisations locales", *AJDA* 1993, p. 323, où l'auteur remarque que la plupart des opérations ainsi qualifiées par lui, qui devraient être encadrées par l'article 34 de la Constitution, passent étrangement au travers du filtre : "Alors que s'offre une *gradation continue de modes d'appropriation et de gestion, assujettir les exploitants de services locaux à la logique binaire de la partition constitutionnelle de l'économie entre secteur public et secteur privé est particulièrement cruel et difficile*", soulignement par nos soins.

43. Galbraith (J.), *Organization design*, Addison-Wesley, 1977; Badot (O.), "De la quasi-intégration au réseau pensant : quarante ans de brèche dans le paradigme rationaliste de l'organisation", *Working Paper EAP*, Paris, sept. 1993.

44. A partir de Houssiaux (J.), "Quasi-intégration et rôle des sous-traitants dans l'industrie", *Rev. écon.*, mars 1957 ; "Quasi-intégration, croissance des firmes et structures industrielles", *Rev. écon.*, mai 1957 ; jusqu'à Joffre (P.) et Koenig (G.), *Stratégie d'entreprise, anti-manuel*, Economica, 1985; et Veltz (P.), "Communication, réseaux et territoires dans les systèmes de production modernes" in Rowe (F.) et Veltz (P.) dir., *Entreprises et territoires en réseaux*, Presses de l'ENPC, Paris, 1991.

juridique, la recherche de l'optimum⁴⁵ ? Ou de la poursuite d'une réduction des coûts de transaction en développant des rapports contractuels, intermédiaires entre le procédé unilatéral et le marché, indexés sur des mécanismes organisationnels de substitution et de liens moraux⁴⁶ ? Ou encore, de comportements de tribalisme, tels qu'analysables par des anthropologues⁴⁷ ?

A ce point, il me faut arrêter la réflexion, car certainement je m'égare. Ni un juriste, ni un gestionnaire n'est, dans notre société, habilité à poser les questions de l'ordre du "pourquoi ?". "*Faites-nous de bonne politique et je vous ferai de bonnes finances*", disait⁴⁸ le Baron J.-D. Louis, ministre des finances de la Restauration et de la Monarchie de juillet.

Respectons la hiérarchie des priorités, laissons à chacun ses responsabilités.

45. March (J. G.) et Simon (H.), *Organisations*, New York, Wiley, 1958 ; Williamson (O. E.), "The vertical integration of production : market failure considerations", *American economic Review* n° 61, mai 1971 ; *Economic Organization : Firm, market and policy control*, New York University Press, 1986.

46. Gélihier (O.), *Morale de la compétitivité*, Ed. Hommes et Techniques, 1981 ; Mouvement annonciateur des théoriciens de réseaux, par ex. Hakansson (H.), *Industrial Technological Development : a network approach*, Croom Helm, 1987 ; Lipietz (A.) et Benko (G.), *Les régions qui gagnent : districts et réseaux, les nouveaux paradigmes de la géographie économique*, PUF (coll. Economie et liberté), 1992 ; ou des théoriciens des projets, par ex. Declerck (R. P.), Eymert (P.) et Crener (M. A.), *Le management stratégique des projets*, Ed. Hommes et Techniques, 1980 ; ou Navarre (C.), "L'Etat-stratège", *L'Analyste* n° 13, 1986.

47. Maffesoli (M.), *Le temps des Tribus*, Méridiens Klincksieck, 1988 ; *La transfiguration du politique*, Grasset, 1992 ; Lipovetsky (G.), "Virage culturel, persistance du moi", *Le Débat* n° 60, mai-août 1990.

48. Selon Guizot (F.), *Mémoires*, t. I, p. 44.