

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'accès à l'administration électronique et les partenariats publics-privés

De Roy, David

Published in:
Droit & technologie

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2002, 'L'accès à l'administration électronique et les partenariats publics-privés' *Droit & technologie*.
<<http://www.droit-technologie.org>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'accès à l'administration électronique et les partenariats publics-privés

Avis rendu sur le Rapport d'étape du groupe de travail 'Règlement des litiges et administration électronique' – Forum des droits sur l'internet

David DE ROY

Chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit
(Faculté de Droit de l'Université de Namur – Belgique)

david.deroy@fundp.ac.be

La question n°2¹ et quelques considérations ponctuant le rapport d'étape incitent à aborder la problématique du recours aux partenariats publics-privés dans l'organisation de l'accès à l'administration électronique.

Ces partenariats, dont la vogue est évidente dans de nombreux domaines de l'action des pouvoirs publics, sont d'autant plus séduisants dans l'introduction et la mise en œuvre de procédés d'*e-Government* que ceux-ci présentent des caractéristiques incitant naturellement à faire appel au secteur privé : celui-ci sera fréquemment sollicité pour permettre aux administrations de suivre l'évolution permanente des matériels et des logiciels. Les perspectives qu'offrent les partenariats publics-privés sont également séduisantes pour le secteur privé qui y entrevoit d'importants débouchés commerciaux.

Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur les enjeux liés à ces partenariats, ainsi que sur certains concepts fondamentaux.

Le présent avis veut modestement attirer l'attention du groupe de travail « Règlements des litiges et administration électronique » sur les difficultés que peut susciter l'application de la notion de « délégation de service public »² à des prestations du type de celles qui peuvent être envisagées dans l'organisation de l'accès à l'administration électronique (II), ainsi que sur quelques questions de faisabilité que pose le recours aux formes de partenariat proches de la délégation de service public (III). Avant tout, nous formulerons une brève observation sur la concurrence entre opérateurs publics et privés (I).

¹ « Quelle peut être la place du secteur privé dans l'organisation de l'accès à l'administration électronique ? Celle-ci constitue-t-elle un service public qui puisse être délégué ? »

² Notion à laquelle fait référence la question n°2.

I. Choix du mode d'action administrative – Concurrence entre opérateurs publics et privés

Le rapport d'étape attire l'attention sur ce que dans la mise en place, l'organisation et l'exploitation de services en ligne, il convient de veiller « à ne pas concurrencer de façon déloyale des opérateurs privés, ce qui pourrait méconnaître le principe de liberté de commerce et de l'industrie »³.

Cette préoccupation est intéressante dès lors qu'elle est exprimée dans un contexte où, pour la première fois semble-t-il, les rapports entre opérateurs publics et privés connaissent une évolution en sens contraire de celle qu'ils ont décrite au cours des décennies précédentes. En effet, cette concurrence entre secteurs public et privé a souvent été abordée pour considérer l'anéantissement de monopoles publics dans des secteurs où les opérateurs privés ont fait (et font encore) progressivement leur apparition (électricité, gaz, postes, télécoms, transports, ...). S'agissant des services de la société de l'information, le phénomène paraît inversé : les pouvoirs publics sont amenés à envisager l'offre de services que le secteur privé pourrait, dans une large mesure, assurer et où il n'existe donc apparemment aucun monopole public de droit.

Pour intéressante qu'elle soit, cette problématique ne doit pas induire l'observateur en erreur. Les images d'Epinal que fait défiler le sacro-saint principe de liberté de commerce et de l'industrie donnent souvent des rapports entre secteurs publics et privé une approche trop simpliste. Ainsi, comme nous l'avons souligné par ailleurs, « la perspective d'une éventuelle concurrence entre opérateurs publics et entreprises privées a longtemps suscité certaines craintes, notamment à raison des atteintes qu'on leur soupçonnait de porter à la liberté de commerce et d'industrie consacrée depuis la fin du XVIIIe siècle »⁴.

De ce point de vue – pour autant que les prestations auxquelles pourraient donner lieu l'accès à l'administration électronique soient considérées comme des services publics⁵ – on rappellera qu'

« une marge d'appréciation est généralement reconnue aux autorités publiques dans la définition des services qu'elles considèrent comme touchant à l'intérêt général. La Commission européenne l'a encore récemment rappelé dans une communication relative aux services d'intérêt général en Europe⁶; elle s'y exprime notamment dans les termes suivants:

³ Point I, A, 1^o.

⁴ D. DE ROY, « Regards croisés sur l'offre de services de la société de l'information par les communes », à paraître dans *Revue Ubiquité – Droit des nouvelles technologies*, n° 12, 2002.

⁵ Cette question retient particulièrement l'attention aux points II et III du présent avis.

⁶ *J.O.C.E.*, 19 janvier 2001, C 17/04.

“ La liberté de définition des Etats membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu’ils considèrent comme étant des services d’intérêt économique général sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s’il n’y a pas d’erreur manifeste . Ils peuvent accorder les droits spéciaux ou exclusifs nécessaires aux entreprises chargées de la fourniture de ces services, réglementer leurs activités et, le cas échéant, les subventionner. Dans les domaines qui ne sont pas spécifiquement couverts par le droit communautaire, les Etats membres bénéficient d’une latitude importante pour concevoir leurs politiques, la seule limite étant le contrôle effectué pour vérifier qu’il n’y a pas d’erreur manifeste. La responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d’intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l’échelon local. Le rôle de la Commission est de garantir que les moyens employés soient compatibles avec la législation communautaire”⁷.

La même liberté est reconnue aux autorités publiques dans la définition des modes de gestion de ces services: elles peuvent choisir si elles offriront elles-mêmes ces services ou si elles en conféreront le soin à des tiers (concession de service public, reconnaissance de droits exclusifs, ...): ce choix relève généralement⁸ de leur appréciation.

Ce pouvoir d’appréciation ne paraît pas fondamentalement remis en cause à raison de la coexistence d’opérateurs privés susceptibles de fournir des services identiques »⁹.

Cette crainte viscérale de la concurrence que pourrait causer le secteur public aux opérateurs privés est sans doute d’autant moins justifiée que, pour un certain nombre de prestations relevant de l’administration électronique, la perspective très mince et aléatoire d’une exploitation rentable et lucrative de services rend peu probable la prise en charge par des opérateurs privés. La dernière partie de ce document en témoignera.

⁷ *Communication relative aux services d’intérêt général en Europe*, pt 22.

⁸ Sauf si le secteur dans lequel interviennent les autorités assurant l’offre d’un service public est soumis à libéralisation (postes, télécommunications, électricité, ...).

⁹ D. DE ROY, *op.cit.*

II. Notions de « marché public » et « délégation de service public » - Application à l'administration électronique

S'agissant de confier à un tiers certaines prestations relatives à l'organisation de l'accès à l'administration électronique, il semble qu'un risque de confusion entre « marché public » et « délégation de service public » soit réel. Il convient donc de le prévenir, d'une part, en rappelant brièvement les distinctions entre ces deux types de contrats administratifs et, d'autre part, en examinant si l'objet et les caractéristiques des prestations susceptibles de faire ainsi l'objet d'une dévolution contractuelle incitent à les rapprocher de l'une ou de l'autre de ces formes de partenariats.

A. Distinction entre « marché public » et « délégation de service public »

⇒ Marché public

Un marché sera passé par une administration lorsque – pour répondre à un besoin inhérent à son fonctionnement ou à la réalisation des missions dont elle a la charge, besoins à la satisfaction desquels elle ne peut pourvoir elle-même – elle doit s'assurer les services d'un tiers, entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services.

⇒ Délégation de service public

La délégation de service public¹⁰ pourrait être définie comme le « contrat par lequel une autorité publique confère à une autre entité de son choix le soin de gérer ou d'exploiter un service public, le cas échéant, aux frais, risques et périls du [délégataire] et au bénéfice des usagers qui doivent en assumer les charges, dans le respect de l'égalité des usagers »¹¹.

Certaines caractéristiques sont fréquemment invoquées, permettant de distinguer marché et délégation :

- Là où le prestataire est exclusivement payé par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché, il le sera, du moins dans une certaine mesure, par l'utilisateur bénéficiant de la prestation de service public ; en d'autres termes, c'est directement de l'exploitation du service public que le délégataire tirera son profit financier.
- La délégation fait incomber au partenaire privé une part beaucoup plus importante de responsabilité dans l'organisation du service public, là où – dans l'hypothèse d'un

¹⁰ Connue, dans certains systèmes administratifs sous la dénomination de « concession de service public ».

¹¹ Définition inspirée de celle donnée pour la concession de service public par P. FLAMEY et K. WAUTERS, « Le partenariat public-privé et les marchés publics. La situation belge dans le contexte européen », *C.D.P.K.*, 1999, p.70, note 34. Pour la France, cf. not. J.-D. DREYFUS, « La définition légale des délégations de service public », *A.J.D.A.*, 2002, pp.38-41.

marché – l’administration reste responsable de la conduite des missions de service public¹².

- La délégation peut amener le délégataire à consentir des investissements importants, dont les retombées positives ne seront perçues qu’au-delà d’un certain délai.
- Les trois caractéristiques évoquées ci-dessus révèlent bien la dimension de **risque** que le délégataire accepte de courir dans l’opération, et qui est généralement beaucoup plus importante que dans l’hypothèse d’un marché.

Au-delà des caractéristiques généralement décrites, une différence fondamentale entre « marché » et « délégation de service public » doit être rappelée : dans le cadre d’une délégation de service public, les prestations assurées par le délégataire le sont au bénéfice des usagers du service public : ceux-ci n’ont plus pour interlocuteur l’administration « naturellement » responsable de l’exploitation du service public, mais bien l’opérateur sur lequel elle s’est déchargée de cette responsabilité. Au contraire, les marchés publics « ont pour objet de procurer aux collectivités publiques les moyens d’assurer l’exécution des services dont elles ont la charge »¹³. C’est donc l’administration qui, elle seule, bénéficie des prestations assurées par son cocontractant, même si ces prestations contribuent, peu ou prou, à assurer l’exécution des missions de service public. Dans le cadre du marché, le prestataire et l’usager du service public restent étrangers l’un à l’autre ; le cocontractant de l’administration ne fournit nullement une prestation censée satisfaire un besoin éprouvé par l’usager.

Deux exemples tentent d’illustrer ce critère de distinction entre marché et délégation de service public :

- Si une administration décide de confier à un tiers le soin d’assurer la diffusion de données publiques via un site internet, elle y procédera sans doute sous la forme d’une délégation de service public, pour autant qu’on s’accorde à reconnaître l’existence d’un service public des bases de données publiques.
- Si, au contraire, l’administration décide d’assurer elle-même cette diffusion et, à cette fin, recourt aux services d’un tiers pour l’acquisition, le développement et la maintenance d’un serveur, elle passera un marché public ; la circonstance que le serveur contribue à l’exploitation du service public n’y changera rien.

B. Les prestations susceptibles d’être confiées à un tiers peuvent-elles faire l’objet d’une délégation de service public ?

Il s’agit de se demander si les prestations relevant de l’accès à l’administration électronique peuvent correspondre à la notion de service public, faute de quoi la délégation de service public paraîtrait difficilement envisageable. Loin de pouvoir aborder cette problématique de

¹² Même si le marché a dû être passé pour assurer certaines fonctions ou tâches inhérentes à ces missions de service public.

¹³ Avis n°341-356 du 7 avril 1987 du Conseil d’Etat de France, cité par P. FRAISSEIX, “Une nouvelle approche de la convention de délégation de service public?”, *Petites affiches*, 26 janvier 2001, p.15.

manière exhaustive, nous nous bornerons à formuler trois observations susceptibles d'alimenter la réflexion.

Une précision doit être apportée avant tout. Nous avons exclu de cette réflexion une catégorie de services particulière : ceux qui, ne relevant pas de prestations de base de l'administration, apparaissent comme une plus-value ou un complément susceptibles d'être offerts par des prestataires de service, indépendamment de toute relation contractuelle avec l'administration. Il s'agit, par exemple, de services liés à la simulation de calcul d'un impôt ou de la constitution de corpus de législation coordonnée ou de bases de données géographiques. Cette catégorie de services présente sans nul doute un intérêt considérable, mais suscite des questions très spécifiques que nous n'avons pu examiner dans le cadre du présent avis.

1/ Il n'est pas certain que la transposition dans un environnement *électronique* de documents et d'échanges jusqu'alors conçus dans un environnement *matériel* suffise à faire naître un « service » susceptible de se prêter au jeu de la délégation de service public. Il suffit d'imaginer l'hypothèse d'une demande d'autorisation adressée dans le cadre d'une police administrative, demande qui ne peut être prise en considération que si elle a été introduite au moyen d'un formulaire déterminé. La mise à disposition du formulaire sur le site internet de l'administration et son expédition – une fois complété – par courrier électronique n'affectent pas la nature des relations entre l'administration et l'administré : tout au plus trouvent-elles à s'établir selon des nouvelles modalités¹⁴. Même si la procédure est plus confortable pour l'administré et, sans doute, plus efficace¹⁵ pour l'administration, il n'y a – semble-t-il – pas plus de service qu'il n'y en avait dans le retrait et le dépôt d'un formulaire « papier » auprès d'un guichet de l'administration. Il semble donc, à première vue, que **la dématérialisation des contacts entre l'administration et les administrés n'entraîne pas ipso facto l'apparition d'un service public particulier.**

2/ De manière générale¹⁶, il y a lieu de se demander si toutes les prestations assurées dans le cadre d'une administration et impliquant des contacts avec les administrés correspondent à la notion de « service public ».

Même s'il demeure aujourd'hui excessivement délicat de se risquer à donner une définition de la notion de « service public », on s'accordera, à tout le moins, à reconnaître que, dans une conception fonctionnelle, il s'agit d'un service répondant à un besoin éprouvé par la population (ou une catégorie) et auquel les pouvoirs publics reconnaissent une dimension d'intérêt général, au point d'y pourvoir .

Cette référence au besoin à la satisfaction duquel il sera pourvu par les pouvoirs publics paraît déterminante dans le cadre de notre réflexion. Elle incitera naturellement l'observateur à se demander si toutes les prestations assurées par une administration vont répondre à la notion de

¹⁴ Comme e suggère d'ailleurs le rapport d'étape, p.7.

¹⁵ Du moins peut-on le supposer...

¹⁶ Et donc indépendamment des modalités concrètes selon lesquelles les relations administration/administrés trouvent à s'exercer.

service public, par la seule circonstance qu'elles le sont « au bénéfice » d'administrés ou que ceux-ci peuvent éventuellement en dégager un quelconque avantage. De ce point de vue, il y a peut-être lieu de distinguer entre les différentes catégories de prestations de l'administration, selon qu'elles répondent à un besoin « spontané » de la population (1), à un besoin « imposé » par l'administration (2), voire même qu'elles sont à première vue étrangères aux attentes exprimées par les administrés (3).

- (1) Le besoin de se déplacer (par exemple en milieu urbain) amène les pouvoirs publics à y répondre en assurant un service public de transports en commun.
- (2) Mise à disposition du formulaire destiné à recevoir une déclaration de revenus en vue de l'établissement de l'impôt ; conduite d'une procédure d'examen d'une demande d'autorisation dans le cadre d'une police administrative.
- (3) Publication d'avis de passation de marchés publics¹⁷ ; publication de dispositions à portée normative (la publication est une condition de leur force obligatoire, avant d'être un mode de diffusion de données juridiques¹⁸).

L'**intérêt de cette répartition** (sans doute grossière et maladroite) en trois catégories apparaît à la lumière de considérations relatives à un des éléments caractéristiques des délégations de service public, à savoir le **paiement du prix** de la prestation par l'utilisateur au délégataire. En effet, dès lors que, dans le paiement du prix, on s'attachera généralement à voir – à tout le moins partiellement et, surtout, symboliquement – la contrepartie d'un service acquis dans une relation consensuelle, il n'est pas certain que – pour chacune des prestations relevant des catégories (1), (2) et (3) – ce scénario d'offre d'un service payant puisse être réitéré. Ainsi serait-il surprenant de faire passer pour doté de valeur économique et donc susceptible de donner lieu à paiement, l'accès aux avis de marchés publics, alors que les administrations sont tenues d'assurer une publicité en la matière. De même serait-il choquant de prétendre reconnaître une valeur économique à la mise à disposition de documents administratifs qu'une réglementation impose d'utiliser dans le cadre d'une procédure qui, dans certains cas, donnera lieu elle-même au paiement d'une redevance (timbres fiscaux).

De cette approche assurément sommaire, il nous paraît ressortir que le **modèle d'un service public exploité par un tiers dans le cadre d'une délégation de service public** (délégation dont la faisabilité dépend de la perspective de chiffre d'affaires lié à cette exploitation) **ne peut être appliqué indistinctement à toute prestation mettant en contact administration et administrés**. Si nous nous défendons de tirer ici des conclusions hâtives, il s'agit à tout le moins d'attirer l'attention sur la nécessité absolue d'analyser soigneusement chaque type de prestations de manière à identifier les formes de partenariats publics-privés envisageables.

3/ Evidemment, ces notions de « service » et de « besoin » ne peuvent être maniées dans l'absolu. Ainsi peut-on éventuellement douter de ce que certaines prestations assurées en

¹⁷ Même si les conséquences peuvent être favorables aux entreprises intéressées.

¹⁸ Diffusion qui, à ce moment, se rapproche sans doute davantage de la notion de service répondant à un besoin (même si un débat reste toujours ouvert à cet égard...)

réponse à des obligations imposées aux citoyens constituent en elles-mêmes des services ; par contre, les modalités de mise à disposition peuvent, elles, répondre au besoin de bénéficiaire d'un plus grand confort dans l'accès aux formalités administratives.

A titre d'exemple, on envisagera le cas de municipalités prévoyant, dans le cadre de l'organisation de l'enlèvement des déchets ménagers, l'obligation d'utiliser des sacs poubelles payants. Il est difficile de soutenir que la vente des sacs, par l'administration, constitue en soi un service, alors qu'il ne s'agit, ni plus ni moins, que la matérialisation du paiement d'une redevance. Par contre, le souci de ménager le confort des habitants astreints à cette acquisition peut amener la municipalité à organiser la diffusion des sacs ailleurs que dans les locaux administratifs et en dehors des heures d'ouverture de ceux-ci, et faire appel à des commerçants locaux. Ce mode de vente se rapproche, quant à lui, peut-être davantage de la notion de service public.

III. Recours à une forme de partenariat public-privé transférant une large part de responsabilité au partenaire privé – Questions de faisabilité

Au-delà des objections d'ordre conceptuel que peut susciter, dans certains cas, la perspective de délégation de service public, la faisabilité de telles délégations suscitera de nombreuses questions qui, sans anéantir les perspectives de recours à ces formes de partenariats publics-privés, doivent, à tout le moins, inciter à les assortir d'études méticuleuses. Loin d'en donner un aperçu exhaustif, les questions abordées ci-après se veulent avant tout suggestives :

- En se déchargeant d'une part plus ou moins importante de l'organisation d'une activité¹⁹, l'administration court le risque d'une perte de maîtrise de l'activité et des flux d'informations qui y sont liés ; par ailleurs, l'administration se place inévitablement dans un lien de dépendance à l'égard du (ou des) partenaire(s) privé(s). Ces conséquences sont d'autant plus délicates qu'elles concernent parfois des activités relatives à la mise en œuvre d'une police administrative ou, plus généralement, à l'exercice de la puissance publique.
- Dès lors que certaines prestations ressortissent à la mise en œuvre de procédures réglementaires, et que celles-ci peuvent, indépendamment des contrats de délégation de service public en cours, subir de profonds remaniements, susceptibles de remettre en cause jusqu'à l'exercice de ces activités, le contrat de délégation de service public sera affecté d'une dimension de risque qui pourrait éventuellement décourager les candidats à la délégation et, partant, fragiliser le recours à cette forme de partenariat.

Un exemple caricatural illustrera ce propos. Imaginons que la mise à disposition de formulaires requis dans le cadre d'une procédure d'octroi de permis de bâtir fasse l'objet d'une délégation de service public²⁰ et qu'un

¹⁹ Ce qui, par hypothèse, est le cas, dans des formes de partenariat du type « délégation de service public ».

²⁰ Pour autant, évidemment, que les obstacles d'ordre conceptuel dont il était question dans la deuxième partie de cet avis aient pu être surmontés.

contrat est passé à cette fin, et pour une durée de trente ans, avec un prestataire de services qui pressent y trouver, moyennant d'importants investissements préalables, la source de sa fortune. Un an plus tard, une réforme du cadre normatif a pour effet de supprimer les procédures ayant cours jusqu'alors et de faire échapper les constructions d'immeubles à tout régime d'autorisation préalable. Fort de ses investissements stériles, abandonné à ses vaines illusions et à ses vraies désillusions, le délégataire de service en est réduit à envisager sa reconversion prochaine...

Pour loufoque qu'il soit, cet exemple n'attire pas moins l'attention sur la dimension de risque que recouvrent, pour le secteur privé, de tels partenariats et sur la manière dont elle peut conditionner leur intérêt pour ces opérations et la conduite de celles-ci.

- La délégation d'activités à des prestataires de services, tiers à l'administration, peut amener ces prestataires à manier des données qui, pour les administrés, revêtent un caractère personnel. Là où la communication de ces données privées peut se justifier dans le cadre de procédures administratives et de relations avec les pouvoirs publics, leur maniement par des tiers pourra éventuellement susciter certains problèmes. La conformité de telles délégations aux dispositions normatives garantissant le respect de la vie privée devra être envisagée soigneusement par les pouvoirs publics.
- Est-il adéquat d'assortir certaines prestations d'une dimension commerciale²¹, là où la transposition en environnement dématérialisé procède avant tout, et dans une large mesure, d'un souci de simplification administrative ? S'il s'agit de faire peser sur l'utilisateur le surcoût que génère l'intervention d'un prestataire de services, tiers à l'administration, il est peu probable que les objectifs d'efficacité et de convivialité que l'*e-Government* est censé poursuivre soient jamais atteints. Il est tout aussi illusoire que les administrés privilégient, dans leurs relations avec les pouvoirs publics, une manière d'agir théoriquement plus souple.

²¹ Indissociablement liée au modèle de la délégation de service public, dès lors que le chiffre d'affaires suscité par l'exploitation du service constitue, en principe, la seule forme de rétribution du délégataire.

Conclusion et lignes directrices

La démarche dont rend compte cet avis est évidemment sommaire et le propos qui en résulte apparaîtra simpliste. Cette approche très théorique (et souvent réductrice) gagnera à être rapidement dépassée par une analyse concrète des opérations susceptibles d'être rencontrées dans la mise en place de l'administration électronique.

Gageons toutefois que ces quelques développements permettent d'attirer l'attention sur certaines des questions que doit susciter, en ce domaine, le recours aux partenariats publics-privés, et notamment à la délégation de service public, à laquelle le rapport d'étape se réfère. A cet égard, il nous paraît que quelques lignes directrices pourraient être tracées :

1/ Il convient de **se garder de toute confusion entre le marché public et la délégation de service public** (et éventuellement d'autres formes de partenariats publics-privés). Même si un pouvoir public estime opportun de faire endosser à des acteurs privés une importante part de responsabilité dans l'accès à l'administration électronique, il ne sera pas nécessairement indiqué de recourir à la délégation de service public²² : dans certains cas, le marché public peut permettre de rencontrer cette préoccupation²³.

2/ Il est **inconcevable de préconiser**, pour l'ensemble des opérations susceptibles de faire intervenir des tiers à l'administration, **le recours à une seule forme de partenariat**. Une typologie détaillée de ces opérations est nécessaire, de manière à déterminer, pour chaque catégorie d'entre elles, la formule la plus adéquate.

3/ Tout projet de partenariat public-privé doit être précédé d'une **étude de faisabilité** qui permettra d'en évaluer l'opportunité et d'en ébaucher les modalités. Cette remarque vaut aussi bien pour la délégation de service public, le marché public²⁴ ou toute autre forme de partenariat public-privé²⁵, même si le présent avis est surtout focalisé sur la délégation de service public.

4/ **Le recours aux partenariats publics-privés** ne peut être envisagé que lorsqu'il **repose sur des considérations d'intérêt général**. En d'autres termes, il doit apparaître, au regard de cet intérêt général, comme mode idéal d'action des pouvoirs publics. Cela signifie, d'une part, que l'initiative et la maîtrise « finale » du projet reviennent aux partenaires publics, lesquels – dans notre système institutionnel – restent les seuls responsables de la manière dont cet intérêt général est apprécié et rencontré, et, d'autre part, que le projet de partenariat public-privé ne doit pas apparaître comme la conséquence inéluctable d'une démarche de lobbying....

²² Dont on a vu précisément qu'elle se caractérisait, à première vue, par un engagement plus important du prestataire tiers à l'administration.

²³ Ainsi en est-il particulièrement des techniques d'externalisation (ou *outsourcing*).

²⁴ Ainsi sera-t-il nécessaire de soumettre à une étude préalable le recours à la technique d'*outsourcing* (qui revêt souvent la forme d'un marché public de service).

²⁵ Constitution d'une société d'économie mixte, par exemple.