



CENTRE DE GESTION DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE
DE MARTINIQUE

**CONCOURS INTERNE ET TROISIEME CONCOURS
DE REDACTEUR TERRITORIAL
SESSION 2014**

Mercredi 22 octobre 2014

Rédaction d'une note à partir des éléments d'un dossier portant sur LE DROIT PUBLIC en relation avec les missions des collectivités territoriales.

*durée : trois heures
coefficient : 1*

A LIRE ATTENTIVEMENT AVANT DE TRAITER LE SUJET

Ce dossier comporte 29 pages, y compris celle-ci.

- ✓ Ni dans votre copie, ni dans les documents éventuellement à joindre à votre copie vous ne devez faire apparaître de signes distinctifs tels que paraphe, signature, votre nom ou nom fictif.
- ✓ Seules les références (nom de collectivité, nom de personne, ...) **figurant le cas échéant sur le sujet ou dans le dossier** peuvent apparaître dans votre copie.
- ✓ Seul l'usage d'un stylo soit noir, soit bleu est autorisé (bille, plume ou feutre). L'utilisation d'une autre couleur pour écrire ou souligner, sera considérée comme un signe distinctif, de même que l'utilisation d'un surligneur.
- ✓ Les feuilles de brouillon ne seront en aucun cas prises en compte.

Le non respect des règles ci-dessus peut entraîner l'annulation de la copie par le jury.

Sujet

Rédacteur territorial au sein des effectifs de la commune du Grand-Souci vous êtes affecté au service des affaires générales et des marchés publics.

La nouvelle équipe municipale élue au mois d'avril 2014 s'interroge sur l'opportunité de faire évoluer (ou non) les modes de gestion de certains services publics communaux à caractère industriel et commercial.

Le Premier maire-adjoint délégué a programmé une réunion de la commission « organisation et fonctionnement des services » qu'il préside, dont l'ordre du jour comporte un point relatif à l'éventuelle mise en gestion déléguée de certains services.

Afin de parfaire l'information des élus composant la commission il vous demande de rédiger, exclusivement à partir des documents communiqués par le documentaliste de la mairie, une note d'information à leur attention présentant les principaux modes de gestion des services publics, la distinction entre marché et délégation et la procédure générale de mise en œuvre d'une éventuelle délégation de service public.

Documents joints :

Document 1- Code Général des Collectivités Territoriales : Articles L1411-1, L1411-2, L1411-3 et L1411-4 (3 pages)

Document 2- Marché public et délégation de service public : deux notions, une frontière (2 pages)

Bernard Poujade, in Le courrier des maires et des élus locaux, décembre 2008

Document 3- Les modes de gestions des services publics locaux (8 pages)

In, Collectivités-locales.gouv.fr, juin 2014

Document 4- Marchés publics et autres contrats (5 pages)

Ministère de l'économie et des finances, Direction des affaires juridiques, fiche technique « conseil aux acheteurs » (www.economie.gouv.fr)

Document 5- Les modes de gestion des services publics (7 pages)

Wiki territorial - CNFPT – janvier 2012

- DOCUMENT 1 -

CODE GENERAL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES (Extraits)

CHAPITRE Ier : LES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article L1411-1

Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.

La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.

Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.

Article L 1411-2

Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire.

Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre. Le délégataire peut également être autorisé, avec l'accord expressément formulé de la personne morale de droit public, à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle de la convention de délégation de service public. Les autorisations données par la personne morale de droit public, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires à la convention de délégation de service public et sont, à l'issue de

la durée de la convention de délégation de service public, transférés à la personne morale de droit public. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation.

Une délégation de service ne peut être prolongée que :

- a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ;
- b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

Ces dispositions s'appliquent lorsque les investissements matériels sont motivés par :

- la bonne exécution du service public ;
- l'extension du champ géographique de la délégation ;
- l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération, si la durée de la convention restant à courir avant son terme est supérieure à trois ans ;
- la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone, à la condition que la prolongation n'excède pas la durée restant à courir de l'autorisation d'injection et de stockage.

La prolongation mentionnée au a ou au b ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions. Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

La convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Les modalités d'application du présent article sont fixées, en tant que de besoin, par décret en Conseil d'Etat.

Article L1411-3

Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte.

Article L1411-4

Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

(...)

Le courrier des maires et des élus locaux

JURISPRUDENCE / ETUDE DE CAS 01/12/2008

Marché public et délégation de service public : deux notions, une frontière

Bernard Poujade

La distinction entre marché public et délégation de service public, délicate, repose encore une fois, dans cet arrêt, sur une analyse précise de « la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ».

Cet arrêt du Conseil d'Etat du 7 novembre 2008 « Département de la Vendée » (n° 291794) est important puisqu'il revient sur la distinction parfois délicate à opérer entre marché public et délégation de service public.

Le cadre du litige

Le département de la Vendée a souhaité confier à un prestataire l'exploitation d'un service de transports de voyageurs incluant des usagers scolaires, sous la forme d'une délégation de service public. Il a fait paraître un avis d'appel à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, dans le quotidien « Ouest-France » et dans une publication spécialisée ; un avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne. Un groupement constitué de plusieurs sociétés a fait acte de candidature, puis a déposé une offre pour le lot numéro 1 correspondant à un secteur.

Après avoir complété son offre à la suite des négociations conduites avec le département de la Vendée, le groupement a été informé du rejet de celle-ci ; le groupement a demandé au tribunal administratif l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée par laquelle elle attribuait le lot n° 1 à un autre groupement et rejetait par conséquent son offre. Par un jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé cette délibération et enjoint au département de la Vendée de résilier le contrat litigieux dans un délai de quatre mois assorti d'une astreinte et la cour administrative d'appel de Nantes a confirmé le jugement.

L'erreur de droit commise par la cour

Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire, public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ; or il ressort des pièces du dossier que s'agissant du lot n° 1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93 % environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7 % restant, d'autres services de transport et activités commerciales.

Le département prenait en charge, en substitution des familles, environ 80 % du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'utilisateurs et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a donc commis une erreur de droit.

La qualification du contrat

Le prestataire choisi devait tirer sa rémunération de l'exploitation du service, que ses recettes soient versées par le département au titre de sa prise en charge de 80 % du coût des abonnements de transport scolaire, par les familles pour la part restante du coût de ces abonnements, ou qu'elles proviennent des sommes versées par les usagers non scolaires ou d'autres produits commerciaux ; si une convention d'intéressement financier prévoit le versement d'une subvention par le département d'un montant initial de 25 733,39 euros, pour des recettes d'exploitation évaluées alors à environ 1,5 million d'euros, celle-ci laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30 % de ce déficit, déduction faite du montant de la subvention initiale.

Ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ; dès lors, la convention est une délégation de service public et non un marché public soumis aux règles fixées par le Code des marchés publics.

Commentaire

Le critère de la rémunération du délégataire est essentiel (CE 15 avril 1996, préfet des Bouches-du-Rhône c/commune de Lambesc) et la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 a consacré ce critère de la rémunération « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation », en ajoutant à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et à l'article L.1411-1 du CGCT la définition de la délégation de service public, selon laquelle « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Références

- Conseil d'Etat 7 novembre 2008, Département de la Vendée (n° 291794)

COLLECTIVITES-LOCALES.GOUV.FR

03 JUIN 2014

LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

La gestion directe

La gestion déléguée

 Définition générale

 Les différents types de délégation de service public

 La procédure de délégation de service public

 Principales étapes de la procédure

 Les conséquences de l'application des grands principes des services publics

 Les avenants

 La directive "concessions"

La gestion directe

Par gestion directe, on entend un mode de gestion par lequel la collectivité locale gère directement le service.

Cela se matérialise par le recours à une régie. Depuis le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public, décret qui a profondément modifié les dispositions applicables aux régies, les collectivités n'ont la possibilité que de créer deux catégories de régie :

- soit une régie dotée de l'autonomie financière ;
- soit une régie dotée de l'autonomie financière mais également de la personnalité morale.

L'ensemble des dispositions s'appliquant aux régies sont codifiés dans le CGCT aux articles L. 1412-1, L. 2221-1 et suivants pour les textes législatifs et R. 2221-1 et suivants pour les textes réglementaires.

Régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière	Régie dotée de la seule autonomie financière
La création est décidée par délibération du conseil municipal.	La création est décidée par délibération du conseil municipal
La délibération arrête les statuts et fixe le montant de la dotation initiale de la régie.	La délibération arrête les statuts et détermine l'ensemble des moyens mis à la disposition de la régie.
La régie est administrée par un conseil	La régie est administrée par un conseil

d'administration, son président et un directeur désignés par le conseil municipal sur proposition du maire (article L. 2221-10 du CGCT). Les élus du conseil municipal y détiennent la majorité	d'exploitation et un directeur qui sont sous l'autorité du maire et du conseil municipal. Les membres du conseil d'exploitation sont nommés par le conseil municipal. Le directeur est nommé par le maire dans les conditions prévues à l'article L. 2221-14 du CGCT sur avis du conseil d'exploitation.
Le conseil d'administration délibère sur toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie.	Le conseil municipal, après avis du conseil d'exploitation et dans les conditions prévues par le règlement intérieur, délibère sur toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie.
Le budget comporte deux sections, l'une pour les opérations d'exploitation, l'autre pour les opérations d'investissement. Il est préparé par le directeur (SPIC) ou le président du conseil d'administration (SPA) et voté par le conseil d'administration.	Le budget comporte deux sections, l'une pour les opérations d'exploitation, l'autre pour les opérations d'investissement. Il est préparé par le directeur, soumis pour avis au conseil d'exploitation et voté par le conseil municipal. Il est annexé à celui de la commune.
Les fonctions de comptable sont confiées soit à un comptable du Trésor, soit à un agent comptable. Il est nommé par le préfet, sur proposition du conseil d'administration et après avis du trésorier-payeur général.	L'agent comptable est celui de la commune.
La régie prend fin en vertu d'une délibération du conseil municipal.	La régie prend fin en vertu d'une délibération du conseil municipal.

Les autres formes de régies

Si les collectivités n'ont la possibilité que de créer soit des régies autonomes soit personnalisées, l'article L. 2221-8 introduit une certaine souplesse dans le dispositif en donnant la possibilité aux communes qui avaient des régies municipales avant le 28 décembre 1926 de conserver la forme de la régie simple ou directe en vigueur.

L'article R. 2224-33 maintient le régime particulier applicable aux régies de distribution d'énergie électrique constituées avant le 18 février 1930. Celles-ci sont soumises aux règles du décret du 8 octobre 1917.

Enfin, l'article R. 2221-13 prévoit la possibilité de créer des régies autonomes d'intérêt intercommunal. Dans ce cas, elles peuvent être exploitées :

- soit sous la direction d'une commune agissant, vis-à-vis des autres communes, comme concessionnaire ;
- soit sous la direction d'un syndicat formé par les communes intéressées. La régie d'intérêt intercommunal.

La gestion déléguée

Définition générale

Ce mode de gestion permet à la collectivité de confier à une entreprise privée ou une personne publique l'exécution du service public tout en conservant la maîtrise de celui-ci. L'entreprise est alors chargée de

l'exécution du service. Elle l'assure avec son propre personnel selon les méthodes de la gestion privée et à ses risques et périls. La commune lui octroie en contrepartie un monopole d'exploitation du service.

L'une des caractéristiques essentielles des modes de gestion déléguée concerne le risque financier lié à l'exploitation du service : il pèse non pas sur la collectivité mais sur l'entreprise, qui se rémunère, en tout ou partie, par le prix payé par les usagers du service. Cette particularité trouve d'ailleurs sa contrepartie dans la liberté offerte à la collectivité de faire appel à l'entreprise de son choix, dans le cadre d'une procédure assurant la transparence du choix.

La collectivité garde, néanmoins, la maîtrise du service dans la mesure où l'entreprise est tenue de rendre compte de sa gestion sur les plans technique et financier. En outre, la collectivité dispose des moyens juridiques nécessaires pour assurer, quoi qu'il arrive, le fonctionnement du service ou pour modifier son organisation (pouvoir d'infliger des sanctions à l'entreprise, de modifier unilatéralement le contrat ou même de le résilier pour des motifs tenant à l'organisation du service ou tirés de l'intérêt général).

Ce type de gestion intéresse autant les SPIC (distribution d'eau potable, assainissement, parcs de stationnement, pompes funèbres, abattoirs, distribution de gaz ou d'électricité...) que les SPA (cantine scolaire, centre de loisirs, maison de la culture...) et *a fortiori* les services revêtant tantôt le caractère d'un SPA tantôt celui d'un SPIC (collecte et traitement des déchets des ménages, foires, halles et marchés...), selon que son financement est assuré par une redevance pour service rendu ou une recette fiscale. Les prestations qui revêtent le caractère d'un service public parce que la collectivité a pallié la carence de l'initiative privée peuvent, également, faire l'objet d'une délégation (CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers)

Les différents types de délégation de service public

On distingue trois types de gestion en matière de délégation de services publics : la concession, l'affermage, et la régie intéressée.

La concession

La concession est un mode de gestion par lequel la collectivité charge son cocontractant de réaliser des travaux de premier établissement et d'exploiter à ses frais le service pendant une durée déterminée en prélevant directement auprès des usagers du service public des redevances qui lui restent acquises. La rémunération du concessionnaire est assurée par les usagers : le risque repose sur le concessionnaire (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux)

La convention de délégation doit tenir compte, pour la détermination de sa durée, de la nature des prestations demandées au délégataire et ne doit pas dépasser la durée d'amortissement des installations mises en œuvre. Dans le domaine des ordures ménagères et autres déchets, de l'eau potable et de l'assainissement, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans, sauf examen préalable du directeur départemental des finances publiques (article L. 1411-2 du CGCT).

La collectivité contrôle le bon fonctionnement du service, notamment au vu des comptes rendus techniques et financiers annuels. Selon les cas, elle possède un pouvoir de fixation et d'homologation du service.

A l'expiration de la convention de délégation, l'ensemble des investissements et des biens du service devient la propriété de la commune.

L'affermage

L'affermage se distingue de la concession essentiellement par le fait que les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service sont remis au fermier par la commune qui, en règle générale, en a assuré le financement, le fermier étant chargé de la maintenance de ces ouvrages ou, dans certains cas, de leur modernisation ou leur extension (CE, 29 avril 1987, commune d'Elancourt).

Comme dans le système de la concession, le fermier est rémunéré par les usagers, mais il reverse à la collectivité une redevance destinée à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés. Le risque repose sur le fermier. La durée des contrats d'affermage est généralement assez courte (trois à cinq ans environ).

Selon la nature des investissements à la charge du délégataire, la frontière entre concession et affermage est parfois difficile à tracer ; c'est pourquoi la jurisprudence a reconnu la possibilité d'articulation des deux modes de gestion dans un même contrat. Pour autant, la collectivité doit veiller à ce que l'économie du contrat ne soit bouleversée et que son objet initial ne soit pas trop altéré (CE, 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du bocage).

La régie intéressée

La régie intéressée est une forme d'exploitation dans laquelle la collectivité territoriale passe un contrat avec un professionnel pour faire fonctionner un service public. La collectivité rémunère le « régisseur intéressé » par une rétribution composée d'une redevance fixe et d'un pourcentage sur les résultats d'exploitation " un intéressement ". La collectivité est chargée de la direction de ce service mais peut donner une certaine autonomie de gestion au régisseur. Selon le niveau de risque assuré par le délégataire, c'est une délégation de service public ou un marché (article R. 2222-5 du CGCT).

La procédure de délégation de service public

Les différents modes d'exécution contractuelle du service public (concession, affermage, régie intéressée, et autres types de gestion déléguée faisant l'objet de contrats nommés ou innomés) doivent respecter les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 précitée (*articles 38 à 47*), telles que codifiées aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du CGCT.

Ces dispositions soumettent tout un pan de la gestion des collectivités publiques à des règles de publicité et de transparence renforcées. Si le libre choix par l'autorité compétente de son délégataire est confirmé, il ne peut intervenir qu'à l'issue d'une procédure garantissant la transparence de ce choix et à l'occasion de laquelle les mérites respectifs de différentes offres auront pu être confrontés. Les règles de procédure ont été précisées par la loi du 29 janvier 1993 susdite et le décret n° 93-471 du 24 mars 1993. L'appel public à la concurrence en constitue la novation majeure.

La passation d'une délégation de service public passe par plusieurs étapes : le choix de la gestion déléguée, la publicité et la présélection des candidats, la sélection des offres, la négociation et l'approbation du projet de convention et enfin la signature de la convention (articles L. 1411-1, L. 1411-5, L. 1411-7, L. 1411-9 et L. 1411-18 du CGCT).

Cette procédure ne s'applique pas aux conventions qui sont obligatoirement passées avec un délégataire déterminé en application d'un monopole fixé par la loi à une entreprise. Elle ne concerne pas, non plus, les actes par lesquels une collectivité publique confie à un établissement public une mission de service public pour autant qu'elle figure dans les statuts de cet établissement (article L. 1411-12 du CGCT) de façon exclusive. (CE, 20 mai 1998, Piémont de Barr)

Une procédure simplifiée est prévue lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 € ou que la convention couvre une durée inférieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 € par an. Le fractionnement du montant d'une délégation pour le situer en dessous de ces seuils constitue un détournement de pouvoir susceptible d'être sanctionné par le juge administratif (article L. 1411-12 du CGCT).

Principales étapes de la procédure

Autorité responsable	Procédure normale	Procédure simplifiée
Assemblée délibérante	Délibération sur le principe du recours à la délégation de service public.	Délibération autorisant le recours à la délégation de service public.
Exécutif local	Publication de deux avis d'appel à candidature (délai minimal 30 jours ou 37 jours si publicité communautaire).	Publication d'un avis d'appel à candidature.
Exécutif local, si possible en liaison avec la commission de délégation de service public	Présélection des candidats appelés à concourir. Elaboration et envoi du document de consultation. Détermination des exigences et des critères. Délai raisonnable pour présenter une offre.	
Commission d'appel d'offres	Examen et sélection de la ou des meilleures offres en fonction des critères.	
Exécutif local	Négociation des offres avec le ou les candidats pressentis, choix du candidat retenu sur la base de la dernière offre.	Négociation des offres, choix du candidat retenu sur la base de sa dernière offre.
Assemblée délibérante	Délibération approuvant le choix et autorisant la signature (délai de 2 mois à compter de l'avis de la commission).	Délibération approuvant le choix et signature.

Exécutif local	Signature de la convention, transmission au service du contrôle de légalité de la préfecture ou de la sous-préfecture et notification.	Comme ci-contre.
----------------	--	------------------

Les conséquences de l'application des grands principes des services publics

La **règle de la continuité** implique que le service public doit fonctionner quelles que soient les circonstances : certains en permanence (lutte contre l'incendie...), d'autres d'une manière continue, ponctuelle et régulière (état civil). Sauf cas de force majeure, l'usager doit pouvoir y accéder en permanence.

La **règle de l'adaptation constante (mutabilité)** suppose, quant à elle, que le service public doit suivre l'évolution des besoins et s'adapter en vue d'une efficacité sans failles. Ces impératifs peuvent amener, par exemple, le conseil municipal à modifier les contrats administratifs en cours. Les modifications ont, bien souvent, des conséquences sur le plan financier. Le délégataire est tenu d'accepter les conséquences découlant de la règle de l'adaptation constante.

La **règle d'égalité** n'autorise aucune discrimination dans l'accès au service public et dans son fonctionnement.

La tarification des services dont le financement est assuré par des redevances proportionnelles au service rendu (eau, assainissement...) ne peut, par exemple, être modulée en fonction de considérations étrangères à la nature de la prestation fournie.

Toutefois, le conseil peut tenir compte des différences de situation existant entre des catégories d'usagers et moduler les tarifs à condition que les ruptures d'égalité soient justifiées par des nécessités tirées de l'intérêt général en rapport avec les conditions d'exercice. Le critère de l'importance des ressources des usagers ne peut être pris en compte que pour les services ayant un objet social (cantines scolaires, crèches...).

Les avenants

La jurisprudence a consacré le principe de la liberté de conclure des avenants, sous réserve du contrôle du juge sur le fond visant notamment à faire respecter les principes communautaires de la commande publique en matière de publicité et de mise en concurrence (CE, 22 novembre 1907, Coste).

Dans la mesure où la passation du contrat initial est soumise à des règles, la liberté de conclure des avenants ne doit pas constituer un moyen de détourner les procédures de passation, notamment des obligations de publicité et de mise en concurrence. Sont donc illégaux les « avenants » qui sont en réalité de nouveaux contrats (CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région Ile-de-France c/ Soc. de gérance Jeanne d'Arc).

Afin d'éviter les recours abusifs, le juge a énoncé un certain nombre de principes permettant d'encadrer la passation d'avenants. Reprenant les principes issus de la jurisprudence, le Conseil d'Etat, dans son avis n° 371234 rendu le 19 avril 2005, a eu l'occasion de préciser les conditions de légalité d'un avenant à un contrat de délégation de service public :

- l'avenant ne doit pas modifier l'objet de la délégation ;

- l'avenant ne doit pas modifier substantiellement un élément essentiel de la convention, tels que la durée de la convention, le volume des investissements, la nature des prestations, le risque d'exploitation ;
- l'avenant ne doit pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire.

En outre, l'article L. 1411-2 du CGCT permet la passation d'avenants ayant pour effet de prolonger la durée du contrat, sous certaines conditions :

Pour des motifs d'intérêt général (assurer la continuité du service public par exemple) ; dans ce cas, la durée de la prolongation ne peut excéder un an.

Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation ; dans cette hypothèse, les investissements matériels doivent être motivé soit par :

- la bonne exécution du service public
- l'extension du champ géographique de la délégation ;
- l'utilisation nouvelle ou accrue d'énergies renouvelables ou de récupération ;
- la réalisation d'une opération pilote d'injection et de stockage de dioxyde de carbone.

En tout état de cause, les dérogations au principe de la limitation de la durée des conventions de délégation de service public ne permettent pas aux autorités délégantes de procéder, par avenants successifs, à un allongement répété de la durée de leurs délégations sans remise en concurrence, et de se soustraire ainsi aux principes de la commande publique consacrés tant par le droit de l'Union européenne que par le droit national.

Ainsi, le Conseil d'Etat a précisé que les modalités de fixation des durées des conventions ou de leurs avenants doivent "garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation" (CE, 8 avril 2009, Cie Générale des Eaux et Commune d'Olivet).

La directive "concessions"

La transposition de la directive « concessions » d'ici 2016 modifie le régime juridique des délégations de service public. En effet, pour toutes les concessions d'une valeur supérieure à cinq millions d'euros, la directive impose de nouvelles règles, notamment pour la procédure de passation :

- les critères d'attribution doivent être fixés dès l'avis de publicité, et ne plus être modifiés par la suite ;
- la collectivité est tenue de communiquer en amont et à tous les participants l'organisation de la procédure ainsi qu'un délai de clôture indicatif ;
- afin de garantir la traçabilité de la procédure, chaque étape doit être consignée ;
- pour chaque candidat évincé au cours de la procédure, l'autorité délégante est tenue de motiver sa décision et d'en informer l'ensemble des participants ;
- toutes les concessions doivent être attribuées selon des critères permettant de constater un « avantage économique global » ;

- la directive impose la hiérarchisation des critères d'attribution de la concession.

Dernière modification : 03/06/2014

MARCHÉS PUBLICS ET AUTRES CONTRATS

Tous les contrats publics ne sont pas des marchés publics.

La personne publique peut conclure des conventions, non pour satisfaire ses propres besoins, mais pour aider financièrement des projets, dont elle n'a pas l'initiative. Ce ne sont pas des marchés publics.

Ne constituent pas davantage des marchés publics tous les contrats qui comportent une commande de travaux, fournitures ou services de la part des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, même s'ils relèvent de la commande publique.

La présente fiche répertorie ces différents contrats, régis par des régimes juridiques différents¹.

1. Les marchés publics se distinguent des subventions

Tous les contrats que l'administration conclut ne sont pas nécessairement des marchés publics. Ils peuvent constituer des conventions d'objectifs régies par le décret n° 2001-495 du 6 juin 2001, pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques. Ces dispositions imposent la conclusion d'une convention avec tout organisme bénéficiant d'une subvention supérieure à 23 000 euros.

Une subvention est une somme d'argent, attribuée par une collectivité publique à un bénéficiaire public ou privé, afin de soutenir une activité, dont elle n'a pas pris l'initiative, mais qui doit entrer dans une compétence lui appartenant ou dans un intérêt local. Elle se distingue de la notion de prix versé à un opérateur économique, en contrepartie d'une prestation.

Deux critères permettent de distinguer la subvention du marché public : l'initiative du projet et l'absence de contrepartie directe.

1.1. L'initiative du projet.

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande de la collectivité publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis. La subvention, en revanche, est destinée à soutenir financièrement une action initiée et menée par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une collectivité publique.

Exemples :

- Rémunérer une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constitue le prix d'un marché public²
- Les aides conventionnées accordées par l'Etat aux ateliers et chantiers d'insertion (ACI) dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique de personnes sans emploi constituent des subventions.

1.2. L'absence de contrepartie directe.

La collectivité, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire³.

Cependant, le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences après qu'elle ait défini ses propres besoins⁴.

L'absence de contrepartie de la subvention n'implique, toutefois, pas l'absence de conditions à l'utilisation des fonds pour son bénéficiaire. Dans la mesure où une subvention est subordonnée à un motif d'intérêt général, la collectivité publique peut subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds.

¹ Pour plus d'informations sur les textes applicables, voir la rubrique « Textes relatifs aux autres contrats de la commande publique » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/textes-relatifs-aux-autres-contrats-commande-publique#contrats>.

² CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-Les-Plages*, n° 342520.

³ CE Sect., 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, n° 88224.

⁴ CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 28441).

2. Les marchés publics se distinguent des conventions de délégation de services publics.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite « loi Murcef », définit la délégation de service public comme un « *contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Trois éléments cumulatifs permettent d'identifier une délégation de service public :

- l'instrument juridique : une convention entre une personne publique et une entreprise ;
- l'objet de la convention : l'exploitation d'un service public ;
- l'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

L'élément financier constitue le critère essentiel de distinction du marché public et de la délégation de service public. Alors que le caractère onéreux d'un marché public réside dans le versement d'un prix par l'acheteur public, en contrepartie de la prestation commandée, la rémunération du délégataire de service public est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

La rémunération est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, lorsque le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier⁵.

3. Les marchés publics se distinguent des concessions de travaux publics.

Les concessions de travaux publics sont régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 et par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010⁶. Ce sont « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1^{er} de l'ordonnance).

La distinction entre concession de travaux publics et marché public de travaux réside dans la contrepartie de la prestation. Le marché de travaux comporte une contrepartie, qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au titulaire. Dans la concession de travaux publics, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage réalisé, soit seul, soit assorti d'un prix.

Ce mode de rémunération implique, de la même façon que pour les délégations de service public, que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage en question. Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché de travaux.

Le concessionnaire de travaux publics assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

4. Les marchés publics se distinguent des contrats de partenariat.

Les contrats de partenariats sont régis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, pour l'Etat et ses établissements publics, repris par le code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux⁷.

Ce contrat se définit comme un contrat administratif, par lequel un pouvoir adjudicateur « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public* ». Il peut avoir également pour objet « *tout ou partie de la conception des ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi qu' des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ».

⁵ CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, n° 291794.

⁶ Pour plus de précisions, voir la [fiche consacrée au décret n° 2010-406 du 26 avril 2010](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche-decret-406-2010-26-avril-2010.pdf) consultable à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche-decret-406-2010-26-avril-2010.pdf

⁷ Articles L. 1414-1 à L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés, au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Au terme du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Au sens du droit communautaire, le contrat de partenariat est un marché public dès lors que les directives marchés ne font pas de la maîtrise d'ouvrage un critère de qualification du contrat et que le titulaire du contrat est rémunéré, durant toute la durée du contrat, par un prix versé par l'administration.

5. Les marchés publics se distinguent des autres contrats permettant aux collectivités publiques d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages.

5.1. Le bail emphytéotique administratif (BEA).

5.1.1 Définition du BEA

Le bail emphytéotique est un contrat, régi par l'article L.451-1 du code rural, aux termes duquel « *le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction* ».

Les collectivités publiques peuvent conclure un bail emphytéotique administratif sur leur domaine privé.

Le recours à ce type de contrat a également été autorisé par le législateur sur les dépendances du domaine public afin de favoriser le financement privé d'ouvrages publics. Le bail emphytéotique administratif permet ainsi à une collectivité publique de concéder un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité.

5.1.2 Conditions de recours au BEA

5.1.2.1 Pour les collectivités territoriales

En vertu de l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales peuvent y recourir :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de l'accomplissement, pour leur propre compte, d'une mission de service public ;
- soit en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ;
- soit en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ;
- soit en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur d'un bien immobilier, pourvu que ce bien ne constitue pas un édifice du culte ouvert au public affecté à une association ;
- soit, jusqu'au 31 décembre 2013, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou d'un service départemental d'incendie et de secours.

Le dernier alinéa de l'article L. 1311-2 précise que, le cas échéant, la passation d'un BEA sera précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable et qu'un décret en Conseil d'Etat⁸ en précisera les modalités.

⁸ Cf. décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs et sa fiche explicative consultable à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche-decret-2011-2065.pdf

5.1.2.2 Pour les établissements publics de santé

L'article L. 6148-2 du code de la santé publique précise que le BEA permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public, dont ils sont chargés ;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence;
- soit, en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé, avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Les baux emphytéotiques hospitaliers sont des BEA soumis à des obligations spécifiques quant à leur contenu et à leur mode de passation (code de la santé publique, art. L. 6148-5 à L. 6148-5-3).

5.1.2.3 Pour l'Etat et certains de ses établissements publics

L'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques permet à l'Etat et aux chambres de commerce et de l'industrie, aux chambres des métiers et de l'artisanat et aux chambres de l'agriculture de recourir au BEA pour restaurer, réparer ou mettre en valeur leurs biens immobiliers (« BEA Valorisation »).

Enfin, l'article 7 - I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés permet à l'Etat et, sous réserve de leur spécialité, à ses établissements publics, de recourir au BEA sur leur domaine public, en vue de la réalisation de logements sociaux (« BEA Logements sociaux »).

Dans tous les cas, le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

5.2. Les autorisations d'occupation du domaine public.

L'Etat et ses établissements publics (articles L. 2122-6 et s. du code général de la propriété des personnes publiques), ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements (art. L. 1311-5 et s. du code général des collectivités territoriales), peuvent délivrer sur leur domaine public, des autorisations d'occupation temporaires, permettant d'accorder à des tiers des droits réels, afin que ces derniers construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou qu'ils louent à la collectivité.

Pour les collectivités territoriales, le recours aux AOT n'est possible qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général.

Pour l'Etat et ses établissements publics, le droit réel est limité aux ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre d'occupation.

A l'issue de la période d'occupation autorisée, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier, dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté, deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité.

Pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense, l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques permet à l'Etat de prendre à bail l'ouvrage construit par l'occupant et, le cas échéant, de lever une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les ouvrages édifiés (AOT/LOA). Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

5.3. La vente en futur état d'achèvement (VEFA).

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat, par lequel un tiers construit un ouvrage, dont il revend une partie à l'administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (cf. art. 1601-3 du code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage, jusqu'à la réception des travaux.

Le juge administratif a jugé que les collectivités publiques peuvent recourir à la Vefa⁹, mais « ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque » :

- a) l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;
- b) l'immeuble est construit pour le compte du pouvoir adjudicateur ;
- c) l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;
- d) l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Le juge considère, dans ces cas, que la personne publique reste maître de l'ouvrage, au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite « loi MOP », et est tenue de passer un marché public.

5.4. Les contrats globaux spéciaux pour les services de l'Etat et les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

Les contrats globaux spéciaux permettent à l'Etat ou aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire, dotées de la personnalité morale publique, de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la construction à l'entretien et la maintenance des ouvrages construits.

Ces contrats, qui permettent un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations par le pouvoir adjudicateur, ne sont pas des « marchés publics » au sens du droit français. Toutefois, ces contrats constituent des marchés publics au sens du droit communautaire. Ils sont assujettis, pour leur passation, aux procédures prévues par le code des marchés publics.

Les contrats globaux spéciaux concernent les domaines suivants :

- les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense¹⁰ ;
- les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur¹¹ ;
- les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris¹² ;
- les immeubles affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles¹³ ;
- les établissements pénitentiaires¹⁴ ;
- les centres de rétention et les zones d'attente¹⁵ ;
- les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique¹⁶.

⁹ CE sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, n° 57679.

¹⁰ Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (Lopsi).

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Art. 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹⁶ Art. L. 6148-7 du code de la santé publique.

-DOCUMENT 5-

Source : Wiki territorial (www.CNFPT.fr)

Les modes de gestion des services publics

Modifié le 03/12/2012

Par DYENS Samuel, Directeur général adjoint des services du Conseil général du Gard

On peut distinguer les modes de gestion des services publics selon l'organe gestionnaire. Soit le service public est directement ou indirectement géré par une personne publique, soit il est géré par une personne privée.

Sommaire

- 1.La gestion du service public par une personne publique
 - 1.1 La gestion en régie
 - 1.2 La gestion par un établissement public
- 2.La gestion du service public par une personne privée
 - 2.1 La délégation unilatérale de service public
 - 2.2 La délégation contractuelle de service public
- 3.Les sociétés d'Économie mixte
- 4.Les Sociétés publiques locales d'aménagement
- 5.Les sociétés publiques locales

1.La gestion du service public par une personne publique

Il existe deux formes essentielles de gestion du service public par une personne publique. Le service public peut être géré directement par la personne titulaire de la compétence (c'est la régie) ou le service public peut être géré par une personnalité juridique autonome (c'est l'établissement public).

1.1 La gestion en régie

Un service public est géré en régie lorsque la collectivité le gère elle-même avec ses propres moyens financiers et en matériel, avec ses propres agents. La régie n'a donc normalement aucune personnalité juridique. Lorsqu'une commune gère un service public en régie, cela signifie

que le service compétent pour mener à bien l'activité emprunte la personnalité de la commune, et que les moyens en matériel et en personnel sont ceux de la commune. Cette régie est également dépourvue d'autonomie financière. Elle ne gère pas de recettes propres et les dépenses engagées ne sont pas distinctes du reste des dépenses de la collectivité. Pour les services de l'État, la régie est utilisée pour la gestion du service public de la justice, les impôts, la défense nationale... Pour les collectivités territoriales, c'est à l'assemblée délibérante de décider du mode de gestion de chaque service. La plupart des services administratifs sont toutefois exercés dans le cadre de la régie. Il existe deux formes de régies. La première est dite régie simple alors que la seconde est qualifiée de régie autonome.

- La régie simple

La régie directe correspond à l'hypothèse où la collectivité gère directement le service en prélevant sur son budget les moyens financiers, et en utilisant ses propres moyens en matériel et en personnel. Toutes les dépenses engagées sont imputables au budget de la collectivité. Cette forme de régie est le mode normal de gestion des SPA.

- La régie autonome

Une régie est dite autonome lorsqu'elle bénéficie d'une certaine autonomie financière sans pour autant disposer de la personnalité morale. L'avantage d'une telle formule est de doter certains services d'un budget autonome. Il est ainsi plus facile de respecter l'exigence d'équilibre financier imposée au SPIC. Avec ce type de structure, on est très proche du statut d'établissement public.

1.2 La gestion par un établissement public

L'établissement public est une personne morale de droit public créée soit par l'État soit par une collectivité territoriale. Le recours à l'établissement public peut être nécessaire pour la gestion d'une SPA (centre communal d'action social, caisse de crédit municipal, office public d'HLM, hôpital...) ou la gestion d'un SPIC (transport, eau, assainissement...). A la différence de la régie, l'établissement public est doté de la personnalité morale.

Toutefois, il reste rattaché à la collectivité qui l'a créé. L'établissement public se distingue néanmoins de la collectivité territoriale ou de l'État. En effet, l'activité d'un établissement public est guidée par le principe de spécialité. A l'inverse des collectivités territoriales qui bénéficient d'une compétence générale, l'établissement public est doté d'une compétence d'attribution.

Il découle de cette règle que l'établissement public ne peut aller au-delà de sa compétence et exercer des attributions qui ne lui ont pas été expressément attribuées. Selon l'activité exercée, l'établissement public sera administratif (EPA) ou industriel et commercial (EPIC). La distinction entre EPA et EPIC correspond à la distinction entre SPA et SPIC. Il peut arriver cependant qu'un même établissement public exerce à la fois des activités de SPA et de SPIC, on parle alors d'établissement public à double visage.

On peut citer l'exemple des Chambres consulaires, qui pour certains aspects de leur activité sont considérés comme intervenant dans le secteur industriel et commercial (actions de formation par exemple), et pour d'autres, sont vus plutôt comme administratifs (activité de réglementation et d'organisation d'une catégorie professionnelle).

2. La gestion du service public par une personne privée

La collectivité publique compétente pour exercer une activité de service public peut décider, pour des raisons de souplesse ou d'efficacité, de confier la gestion de ce service public à une personne privée. Dès le début du XIXème siècle ce mode de gestion du service public est devenu courant pour la gestion des grands services publics (chemin de fer, distribution d'eau ou de gaz). Il existe deux formes de gestion déléguée. La première consiste à confier par la loi la gestion d'un service public. On parlera alors de délégation unilatérale. Le second procédé consiste à confier la gestion du service public à une personne privée dans le cadre d'un contrat. On parlera alors de délégation contractuelle.

2.1 La délégation unilatérale de service public

C'est à partir de l'entre-deux-guerres, que la jurisprudence a admis que le législateur pouvait recourir aux personnes privées pour assurer un service public (CE, 13 mai 1938, « Caisse primaire « aide et protection » »). La motivation de ce type d'habilitation est de confier la gestion d'une activité d'intérêt public aux représentants de la catégorie de personnes concernée par cette activité. Ainsi, ce mode de gestion s'est développé au profit des syndicats professionnels (CE, 13 janvier 1961, « Magnier »), au profit de certaines associations (associations communales de chasse, fédérations sportives), au profit des ordres professionnels (ordre des avocats, des médecins...).

2.2 La délégation contractuelle de service public

La délégation contractuelle suppose la conclusion d'un contrat entre l'autorité délégante et le délégataire. Un tel contrat est nécessairement administratif, car il confie l'exécution même d'une mission de service public à la personne privée qui contracte avec la personne publique. Il existe plusieurs types de contrat permettant de confier la gestion d'un service public à une personne privée. Il est cependant nécessaire de préciser la notion de délégation contractuelle.

- La notion de délégation contractuelle

Jusqu'à la loi du 11 décembre 2001 (loi MURCEF), le contrat de service public était une notion constamment évoquée par les textes et la jurisprudence, mais qui ne faisait pas l'objet d'une définition écrite. Il était donc important de combler ce vide, même si la jurisprudence du Conseil d'État avait déjà très largement contribué à cerner la notion. La délégation de service public fait désormais l'objet d'une définition légale à laquelle il convient de se référer. Reprenant à son

compte les critères de la jurisprudence (CE, 15 avril 1996, « Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc »), la loi du 11 décembre 2001 avait défini la délégation de service public. Désormais, l'article L.1411-1 CGCT dispose qu' « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

La délégation contractuelle présente ainsi six caractères :

1. la délégation est un contrat ;
2. la délégation est passée par une personne morale de droit public ;
3. la délégation est un contrat de droit public ;
4. le contrat a pour objet de confier la gestion d'un service public à un tiers qui doit assumer le risque de gestion ;
5. la nature du service délégué est indifférente, il peut s'agir d'un SPA ou d'un SPIC ;
6. la rémunération du cocontractant est principalement assurée par l'usager.

Depuis longtemps, le juge fait reposer la distinction entre délégation de service public et marché public sur le critère de la rémunération. Si le titulaire est rémunéré par un prix payé par la personne publique, c'est un marché public. Si la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, c'est une délégation de service public (CE, 15 avril 1996, « préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de Lambesc »). Le terme « substantiel » n'exclut pas la possibilité que l'exploitant bénéficie d'autres sources de revenus tels que des subventions.

o Les principales formes de délégation

Les trois principales formes de délégation contractuelles sont la concession et l'affermage et la régie intéressée. (Lors de l'exécution de chacun de ces contrats, l'administration dispose de prérogatives particulières qui seront examinées dans la partie sur les contrats de l'administration). Pour autant, leur description ne revêt aujourd'hui qu'un intérêt pédagogique; en effet, en termes de régime juridique, on assiste à une certaine uniformisation entre ces différents outils, fondée sur la loi Sapin du 29 janvier 1993, ainsi qu'à un rapprochement évident avec le régime des marchés publics, sous l'influence du droit communautaire. Un cas particulier est à faire pour les contrats de partenariat.

o La concession

La technique la plus courante en matière de délégation contractuelle est la concession. Il s'agit d'un contrat par lequel une personne publique (le concédant) confie, sous son contrôle, à une personne, en principe privée (le concessionnaire) la gestion d'un service public. Comme dans l'affermage, le concessionnaire exerce l'activité à ses risques et périls. Cependant, la concession se distingue de l'affermage car c'est au concessionnaire qu'il appartient de construire l'ouvrage ou les équipements nécessaires. A la fin de la concession le concessionnaire remet gratuitement,

à la personne publique concédant, les ouvrages et équipements nécessaires au bon fonctionnement du service.

Le concessionnaire a la charge de faire fonctionner l'ouvrage. Il le gère « à ses risques et périls ». Il se rémunère sur l'usager en contrepartie du service fourni. Il bénéficie également d'un droit à l'équilibre financier du contrat. Le concédant doit indemniser le concessionnaire des charges qui lui sont imposées en cours d'exécution au nom de la continuité du service public ou de l'adaptabilité. L'administration reste libre du choix de son cocontractant. Toutefois, comme pour les marchés publics elle est liée à des obligations de transparence et de publicité imposées par la loi (loi du 29 janvier 1993). La concession prend fin normalement lorsque la durée prévue au contrat est arrivée à son terme. La durée de la concession est en principe équivalente à la durée d'amortissement du bien. Cependant, la concession peut prendre fin de façon anticipée. En application de la théorie générale des contrats administratifs, la concession peut être résiliée unilatéralement par l'autorité concédante si l'intérêt général le justifie, alors même que le concessionnaire n'a pas commis de faute. Dans ce cas le concessionnaire qui a droit à l'équilibre financier sera indemnisé par l'administration. La concession prend également fin en cas de faute du concessionnaire. Il s'agit dans ce cas d'une sanction prononcée par le juge. La sanction prononcée contre le concessionnaire défaillant peut aller jusqu'à la mise en régie dans les cas les plus graves.

- L'affermage

L'affermage est un contrat par lequel une personne publique décide de confier à une personne privée la gestion d'un service public. Le fermier se rémunère directement sur l'usager du service public en contrepartie de la prestation fournie, mais doit verser une « surtaxe » à la collectivité publique correspondant au droit de gérer le service public et à la jouissance des installations. Dans cette formule, c'est la collectivité publique qui remet au fermier les équipements et installations nécessaires au fonctionnement du service. Le fermier exploite à ses risques et périls le service et les équipements, mais à la différence de la concession le fermier ne supporte pas les charges liées à l'établissement du service public, c'est à dire les investissements initiaux. C'est ce que l'on appelle les frais de premier établissement.

- La régie intéressée

La régie intéressée est un contrat par lequel une personne privée (le régisseur) fait fonctionner, à la demande d'une personne publique, un service public en percevant une rémunération de cette personne publique mais qui, à la différence de celle du fermier n'est pas fonction des résultats financiers de la gestion. La rémunération du régisseur est forfaitaire ce qui n'exclut toutefois pas que celle-ci soit variable en fonction des résultats de l'exploitation de l'activité. Le régisseur n'assume pas le risque lié à l'exploitation du service dans les mêmes proportions que le concessionnaire ou le fermier.

- Les contrats de partenariat

Le contrat de partenariat permet à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Il a pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais et conditions les projets qui présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour la collectivité : hôpitaux, écoles, systèmes informatiques, infrastructures.

Les avantages de cette forme nouvelle de contrats sont multiples : l'accélération, par le préfinancement, de la réalisation des projets ; une innovation qui bénéficie à la collectivité par le dynamisme et la créativité du privé ; une approche en coût global ; une garantie de performance dans le temps ; une répartition du risque optimale entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux. À ce titre, le contrat de partenariat vient compléter la panoplie des outils de la commande publique en France.

3. Les sociétés d'Économie mixte

La société d'économie mixte est une société dont une partie du capital appartient à une personne morale de droit public et l'autre partie à une personne privée. Ce procédé permet une association entre le capital privé et le capital public qui sont liés dans la gestion d'une entreprise par la simple application des règles normales du droit des sociétés. Malgré la présence de capitaux publics, la société d'économie mixte reste une personne morale de droit privé. Elle est donc régie par les règles du droit commercial, le droit des sociétés ou le droit du travail. Depuis la décentralisation de 1982, ce sont surtout les collectivités locales qui ont créé des SEML, dont le régime spécifique résulte des lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002. Le recours à la SEM permet une certaine souplesse dès lors que la puissance publique échappe largement aux règles du droit public.

4. Les Sociétés publiques locales d'aménagement

Outil d'interventionnisme parapublic créé par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, les sociétés publiques locales d'aménagement sont régies par l'article L.327-1 du code de l'urbanisme. Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans (2011), prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital. Une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement doit détenir au moins la majorité des droits de vote. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres, toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme (art.L.300-2). Juridiquement, les sociétés publiques locales d'aménagement revêtent la forme de société anonyme régie par le code de commerce et par le code général des collectivités territoriales.

5. Les sociétés publiques locales

Les sociétés publiques locales existent depuis la loi du 28 mai 2010. Ce sont des sociétés anonymes, régies par le Code du commerce. Leur capital est détenu à 100% par au moins deux collectivités territoriales. De ce fait, elles n'auront pas à être mises en concurrence (contrairement aux SEM qui, par la simple présence d'au moins un actionnaire privé dans leur capital, évoluent dans le champ de la concurrence). Toutefois, ces sociétés ne pourront travailler que pour leurs seuls actionnaires et uniquement sur leurs territoires.

Leur champ d'intervention, bien que limité aux strictes compétences des collectivités locales, s'annonce très vaste : opérations d'aménagement et de construction ; exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial (assainissement, distribution de l'eau potable, transport de voyageurs, gestion d'équipement sportifs...) ou autres activités d'intérêt général.