

SERVICES PUBLICS LOCAUX

1^{er} dossier : les notions et règles communes à tous les SP.

Les notions fondamentales

§1 : La notion de SP

- Une activité de prestation de service ou de réglementation constitue un SP quand elle est assurée ou assumée (gestion indirecte) par une personne publique en vue d'un intérêt public.
- Il y a encore SP quand la loi donne ce qualificatif à une activité. Ex : les SP mentionnées en tant que tels dans le CGCT.

A – le rattachement à une personne publique.

- Il n'y a pas de problème quand l'activité est directement exercée par une personne publique.
- Question plus délicate quand une personne publique charge une personne privée de gérer le SP : la mission de SP peut être donnée par contrat administratif ou par un acte unilatéral d'habilitation. (ex : les personnes privées de pompes funèbres). Parfois ce sont de simples indices qui indiquent le rattachement à une personne publique.
- Si l'administration est à l'origine de la création de l'organisme ou si elle contrôle cet organisme ou si l'organisme a reçu des prérogatives de puissance publique ou des soutiens financiers ou si elle fait l'objet de contraintes données par la personne publique, il peut y avoir SP. Ex : les SEM locales contrôlées par les personnes publiques ou les associations transparentes ou para administratives créées par les CT alimentées par le budget de la CT et dont le conseil d'administration est majoritairement composé d'élus locaux. (CE 20/07/1990, ville de Melun)

B – le caractère d'intérêt public de l'activité.

- Cette notion est très variable dans le temps : contenu très politique.
- Les activités de l'administration peuvent être d'intérêt général même si le secteur privé exerce les mêmes activités dans un but lucratif (ex : campings, piscines...)
- L'activité d'une personne publique est très généralement d'intérêt public (le CE a estimé qu'était un SP l'activité de casino. CE 25/03/1966, ville de Royan) mais la gestion du domaine privé n'est pas un SP (TC 23/06/1973, ONF c/ Béraud),

l'organisation d'une course de chevaux non plus (CE 30/10/1953, Bossuyt), la française des jeux et le service national non plus (CE 27/10/1999, Rolin), l'exploitation d'un restaurant dans l'enceinte d'un musée non plus (CAA Lyon 24/07/2003, département du Rhône, AJDA 2003 p.2159 et CE12/03/1999, ville de Paris, AJDA 1999 p.439).

§2 : la distinction SPA / SPIC.

A – la qualification de SP

- La loi peut qualifier elle-même le SP. Ex : les transports urbains sont des SPIC (Loi du 30/12/1982). Quand un décret qualifie le SP, le juge peut corriger la qualification (TC 24/06/1968, société des distilleries bretonnes).
- La plupart du temps, il faut utiliser les critères dégagés par le juge en 1956 pour qualifier le SP : **CE 16/11/1956, Union Syndicale des Industries Aéronautiques.**
- Il y a présomption d'administrativité du SP sauf si 3 indices sont réunis qui ont pour effet de faire ressembler le SP à une personne privée ordinaire : **TC 22/01/1921, arrêt du bac d'Eloka** : quand l'administration gère ses affaires comme un industriel ordinaire, elle n'a pas besoin de règles du droit administratif : c'est un SPIC.

1) indice de l'objet du service.

Les activités économiques doivent être comparables à celles du secteur privé : production, distribution, services.

2) indice du mode de financement

- Pour être industriel et commercial, le service doit voir ses dépenses couvertes par les recettes d'exploitation, généralement par les prix payés par les usagers. Mais d'autres personnes peuvent également financer le SP : le SP peut vendre de la chaleur à des 1/3 par exemple.
- Pour être industriel et commercial, le service ne doit pas être alimenté par des taxes fiscales ni par des subventions de la collectivité publique de rattachement. L'administration doit prévoir au départ que le financement sera assuré par les usagers ou par des 1/3 pour que le SP soit un SPIC.

3) indice des modalités de fonctionnement.

- Le régime du fonctionnement du SPIC est celui de la gestion privée. Les méthodes commerciales sont utilisées : publicité par exemple.
- Concernant la comptabilité, la gestion financière peut obéir aux règles de la comptabilité publique et le SP peut quand même être un SPIC car les SP locaux en régie (directement par la CT) ont leurs comptes tenus obligatoirement par un comptable public : art L1412-1 CGCT et L2221-5 CGCT
- Pour qu'un SP soit un SPIC, les 3 indices doivent être réunis. Mais parfois, le juge n'énonce que 2 indices : celui de l'objet du service ou du mode de fonctionnement n'est pas pertinent car ne permet pas de se prononcer en faveur d'une qualification de SPIC ou de SPA. (cf. doc. 2).

Exemples :

- Eau potable : SPIC
- Assainissement : SPIC du fait de la loi
- Stationnement payant :- sur la voirie : SPA CE 12/07/1995, commune de Maintenon.
- Parkings souterrains : SPIC
- Piscine : SPA
- Cantine scolaire : SPA
- Caisse de crédit municipal : SPA
- Déchets ménagers : si redevance : SPIC
Si taxe : SPA

RQ : depuis Loi 12/07/1999, il faut parler de la collecte et du traitement des déchets car ça peut être 2 compétences distinctes et éclatées.

- Théâtre : SPA
- Abattoirs municipaux : SPIC (TC 8/11/1982, Maine viande)
- Centres ouvriers : SPA
- Camping : SPA, parfois SPIC

B – l'intérêt de la distinction

La différence de régime juridique. Commencer toujours par la même distinction : gestion par personne publique ou privée ?

1) le contentieux des SPA.

a) la gestion par une personne publique.

Les SPA gérés par une personne publique ont un contentieux administratif sauf dispositions législatives ou jurisprudentielles (voie de fait) ou contrat (le SPA géré par une personne publique peut passer des contrats de droit privé) où là, on utilise les critères du contrat administratif sauf jurisprudence : TC Berkani qui dit que les agents même contractuels sont tous de droit public.

b) la gestion par une personne de droit privée.

- Le contentieux est en principe judiciaire.
- Mais il peut être administratif quand le litige (REP ou plein contentieux) est provoqué par une décision prise pour l'exécution du SP par la personne privée et révélant l'exercice d'une prérogative de puissance publique.
- CE 31/07/1942, Monpeurt : décision d'un comité de l'organisation de la production.
- Ex ; fédérations sportives.
- Ce n'est pas non plus le cas si le litige porte sur la réparation d'un dommage de travaux publics ou encore si le litige est relatif à un contrat administratif conclu par le gestionnaire avec une personne publique.

2) le contentieux des SPIC

a) la gestion par une personne publique.

- le contentieux administratif :

- pour les litiges provoqués par les actes réglementaires édictés pour l'organisation du SP (affaire Damien 1995)
- pour les litiges mettant en cause des prérogatives de puissance publique (ex : expropriation)
- pour la réparation d'un dommage de travaux publics sauf si le dommage est subi par un usager du SPIC.
- Pour les contrats administratifs.

- le contentieux judiciaire :

- pour les litiges individuels **avec les usagers** en raison de la nature de droit privé des liens qui unissent l'usager et le SPIC (bloc de compétence judiciaire : il ne faut pas utiliser les critères du contrat administratif même si l'usager est lié au SPIC par un contrat, également s'il y a un dommage de travaux publics subi par l'usager : TC 24/06/1954, Galland)
- pour les litiges **avec les 1/3** : TC 11/07/1933, Mélinette.
- Pour les litiges individuels **avec le personnel** : compétence judiciaire. Il ne faut pas utiliser les critères du contrat administratif même s'il y a un contrat sauf s'il s'agit de l'agent qui dirige le SP ou du comptable public : CE 08/03/1957, Jalenques de Labeau.

Les agents des SPIC sont donc soumis au droit du travail. Le régime des CACT s'applique dans les EPCI et dans les régies personnalisées gérant un spic car ces institutions entrent dans le champ d'application des conventions collectives (art L 131-2 code du travail).

En cas d'absence de convention collective, que l'on soit ou non dans le champ d'application des conventions collectives, les personnes publiques prennent parfois des réglementations unilatérales pour suppléer cette absence. Cette réglementation est un acte administratif car elle est un élément de l'organisation du SP mais c'est le juge judiciaire qui en fait application dans les litiges individuels : CE 15/12/1967, Level.

b) la gestion par une personne privée.

- Le contentieux est judiciaire sauf si le litige est provoqué par un règlement se rapportant à l'organisation du SP et que la personne privée est habilitée à prendre une telle réglementation : TC 15/01/1968, époux Barbier.
- Sauf s'il s'agit d'une action en responsabilité d'un 1/3 pour un
- dommage d'ouvrage ou de travaux publics ou s'il y a un contrat administratif.

C – l'équilibre financier des SPICS.

1) le régime des SPICS communaux

- les dépenses des SPICS doivent être couvertes par les recettes d'exploitation des SPICS. Les articles L2224-1 et L2224-4 CGCT indiquent que les budgets des SPICS exploités en régie, affermés ou concédés doivent être équilibrés en recettes et en dépenses.
- L'article L2224-2 précise qu'il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre de ce SP. Les charges doivent être financées par les usagers ou par les 1/3 ou même éventuellement par des subventions de personnes publiques dont ne dépend pas le SP. Elles ne peuvent être financées par la fiscalité ou la DGF.
- Les articles R2221-38 et R2221-72 indiquent que les taux de redevances dues par les usagers sont établies de manière à assurer l'équilibre financier de la régie.
- L'article R2221-81 enfonce le clou : lorsqu'une personne publique locale affecte un immeuble à un SPIC ou met du personnel à sa disposition, les sommes correspondant aux loyers ou à la rémunération du personnel sont payées à la personne publique par la régie qui gère.
- L'article L2224-2 assouplit quelque peu le principe d'interdiction : l'interdiction de prise en charge des dépenses du SPIC par le budget communal n'est pas applicable quand il s'agit des SP de distribution d'eau potable et d'assainissement dans les communes dont la population ne dépasse pas 3000 habitants et dans les groupements composés de communes dont la population ne dépasse pas 3000 habitants. De plus, 3 exceptions sont prévues par l'article L2224-2 et permettent à la commune quelque soit sa taille de financer ses SPICS gérés directement ou par délégation :

1. lorsque les exigences du SP conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement.
2. lorsque le fonctionnement du SP exige la réalisation d'investissements qui, e, raison de leur importance, et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans une augmentation excessive des tarifs.
3. lorsque, après le période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aura pour conséquence une hausse excessive des tarifs. (les tarifs des cantines scolaires et des transports publics locaux sont encore encadrés car situation de quasi monopole).

Ces 3 exceptions ne peuvent jouer que sous certaines conditions :

- il faut une délibération motivée du conseil municipal.
- Elle doit fixer les règles de calculs et les modalités de versement pour les dépenses du service prises en charge par la commune ainsi que le ou les exercices auxquels cette prise en charge se rapporte. En aucun cas cette prise en charge ne peut se traduire par la compensation pure et simple de son déficit de fonctionnement.
- L'équilibre financier nécessite la tenue de comptes séparés même pour une régie simple créée avant le 28/12/1926 (régies qui n'ont pas l'autonomie financière). La loi du 30/12/1982 autorise les CT à financer les transports urbains bien qu'il s'agisse selon la loi de SPIC.

2) le régime des SPICS des autres collectivités.

- La règle de l'équilibre financier des SPICS s'applique aussi aux départements quand les SP sont gérés en régie (art L3241-4 et L3241-5).
- Pour les régions, les EPCI, les syndicats mixtes, les EP.. le régime de l'équilibre financier joue aussi mais seulement si les SPICS sont gérés en régie (voir les renvois opérés par les articles R2221-38 et R2221-72 aux articles L2224-1, L2224-2 et L2224-4).
- Les 3 exceptions prévues pour les communes à l'article L2224-2 ne peuvent profiter qu'aux SPICS communaux. CAA Bordeaux 31/10/2002, préfet de l'Ariège, BJCL 2003, n°2 p. 108.

Le droit communautaire interdit les aides aux entreprises y compris les subventions aux SPICS quand elles créent des distorsions dans la concurrence entre les états membres ce qui est rarement le cas pour les SPICS locaux sauf peut-être pour les SPICS près des frontières.

La création des services publics locaux

§1 : les SP prévus par la loi.

A – les SP obligatoires.

- La police mais elle n'est pas classée dans le CGCT, les SP de l'état comme l'état civil non plus.
- Des SP sont juridiquement obligatoires dans toutes les CT. On les trouve dans le CGCT aux dispositions générales mais aussi dans les articles sur les dépenses obligatoires : art L2321-2, L3321-1 et L4321-1 ou même dans d'autres codes que le CGCT tel que le code de l'éducation, de l'action sociale et des familles et celui du patrimoine.

1) Pour les communes

- Elles ont en charge des SP de proximité. Fort peu de SP sont réellement obligatoires en raison de la petitesse de beaucoup de communes.

Sont obligatoires :

- Le système d'assainissement collectif : le tout à l'égout et l'installation d'épuration.
- L'entretien des voies communales.
- La collecte et l'élimination des déchets.
- Le cimetière.
- Sont donc obligatoires les services nécessaires à la sécurité et à l'hygiène.
- RQ : normalement le CCAS est obligatoire mais en pratique pas vraiment. Le CCAS reçoit les demandes d'aides sociales bien que l'aide sociale relève du département.

La liste des dépenses obligatoires retrace souvent les dépenses qui sont obligatoires si le SP existe.

2) Pour les départements

- Les routes départementales et les routes nationales transférées par la loi du 13/08/2004 (poste budgétaire très important).
- Les collèges ainsi que désormais leur fonctionnement technique.
- Les transports scolaires et les transports non urbains,
- Le SDIS,
- Le service des archives départementales (art L212-8 du code du patrimoine),
- Le service des bibliothèques départementales de prêt (art L320-2 du code du patrimoine)
- L'aide sociale : environ 60% et plus du budget des départements. L'aide sociale est une compétence de principe depuis la loi de décentralisation (aide sociale à l'enfance, aux personnes âgées, aux familles, tout le RMI et le RMA (activité))

créée par la loi du 18/12/2003. le département est aussi compétent pour autoriser les établissements et services sociaux qui fournissent des prestations d'aide sociale : règles fixées par la loi du 02/01/2002 et pour gérer le fond d'aide aux jeunes de 18 à 25 ans qui sont en difficultés)

- Protection de la famille et de l'enfance en matière sanitaire.

3) Pour les régions.

- La région a plutôt un rôle de réflexion, de tête pensante (aides aux entreprises, aménagement du territoire). Elle préfère agir par voie de subvention que de le faire elle-même :
- Nouveauté avec la loi du 13/08/2004 : la région est aujourd'hui compétente pour gérer le personnel technique et administratif des lycées.

Ont quand même des SP obligatoires par la loi :

- Construction et entretien des lycées
- Gestion des TER
- Archives régionales (art L212-6 du code du patrimoine)
- Formation professionnelle (mais passe souvent par voie d'asso)
- Inventaire général du patrimoine culturel.

4) les SP obligatoires concernant l'ensemble des collectivités et leurs groupements.

Loi du 13/08/2004 : l'état transfère les aéroports civils à qui le veut avec priorité de la région qu'il y a plusieurs demandes. A défaut de demande, l'état choisit le bénéficiaire. Les ports non autonomes de l'état font également l'objet de transfert de l'état sans priorité pour la région.

La loi du 13/08/2004 a ouvert la voie à diverses expérimentations (5ans) qui déboucheront peut être sur des transferts de compétences. Exemple : les communes volontaires de la politique de résorption de l'insalubrité de l'habitat.

B – les SP facultatifs. (Prévus par la loi)

1) Pour les communes.

Pour les SPA :

- Bibliothèques (art L310-1 du code du patrimoine)
- Musées (L410-2)
- Caisse de crédit municipal.
- Logement social (offices d'HLM qui sont des SPA et OPAC qui est un EPIC gérant un SPIC)
- Transports urbains
- Enseignement de la musique, de la danse, de l'art dramatique et des arts plastiques (L216-2 et 216-3 du code de l'éducation)

- Activités éducatives, sportives ou culturelles complémentaires de l'enseignement primaire (initiations diverses, études surveillées..) ces frais de personnel sont à la charge de la commune.

Pour les SPIC :

- Pompes funèbres et crématoriums
- Halles
- Abattoirs
- Eau potable
- Ports de plaisance maritime
- Chauffage urbain
- Distribution du gaz si les communes avaient des SEM locales ou régies locales de distribution avant la loi de nationalisation du 08/04/1946. sinon, elles concèdent à GDF (à Bx, gaz de Bordeaux). La loi du 3/01/2003 relative au marché de l'électricité, du gaz et aux SP de l'énergie a envisagé le cas des communes qui n'ont pas de réseau public de gaz : dans ce cas, selon l'article L2224-31 CGCT, ces communes ou les EPCI compétents peuvent concéder leur SP du gaz à toute entreprise ou SEM agréée. Ils peuvent aussi créer une régie ou avoir recours à un établissement de type existant ou encore participer à une SEM existante.
- Distribution de l'électricité : les communes concèdent la distribution à EDF mais peuvent produire de l'électricité pour les clients non éligibles (art L2224-31 et suivants)
- Réseaux câblés

L'article L2231-9 prévoit encore l'office de tourisme qui peut être un SPIC ou un SPA.

2) Pour les départements.

- Bibliothèques (pas les départementales de prêt qui sont obligatoires)
- Musées
- Services sociaux complémentaires de l'aide sociale légale (c'est l'action sociale)
- Création de ports maritimes de pêche
- Transports routiers non urbains de personnes et transports non urbains de personnes d'intérêt local ferré ou guidé.
- Gestion des itinéraires de promenade et de randonnées
- SP du logement social
- SP complémentaire du SP de l'enseignement dans les collèges.
- Arts plastiques.

3) Pour les régions.

- Bibliothèques
- Musées
- Activités complémentaires de l'enseignement dans les lycées (prévues par les articles L216-1 à L216-3 du code de l'éducation).
- Création et exploitation des ports maritimes de commerce.
- Arts plastiques.

4) Pour l'ensemble des collectivités et leurs groupements.

- Article L1425-1 CGCT : autorise à établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communication électronique. Ils peuvent aussi fournir des services de communication électriques en cas d'insuffisance d'initiatives privées constatées par un appel d'offre infructueux.
- De même, l'article L1426-1 prévoit la possibilité d'un service de télé destiné aux infos sur la vie locale.
- Les collectivités et leurs groupements peuvent demander le transfert de l'état d'immeubles classés ou inscrits pour en assurer la conservation et en développer la connaissance.

§2 : Les SP spontanés : non prévus par la loi.

Quand la loi prévoit pour chaque niveau de CT certains SP, ce sont des SP locaux mais il en existe d'autres. Les SP locaux ne sont pas uniquement les sP prévus par la loi. L'article L3211-1 CGCT dispose que le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département : clause générale de compétence. Des dispositions similaires existent pour la commune (L2121-29) et pour la région (L4221-1).

RQ : il y a aussi l'article L1111-2 pour les 3 niveaux. Cette clause générale de compétence (pas pour les groupements !) permet de créer des SP répondant à un intérêt public local. Ainsi, les CT ont vocation à créer des SP locaux même non énumérés dans le CGCT, ce qui correspond à l'application du grand principe de libre administration des CT.

C'est la commune qui offre la gamme la plus large de SP inventés :

Activités de 3^{ème} âge
Crèches, haltes garderies.
Espaces verts
Parcs de stationnements
Action sociale (repas au domicile..)
Stades, piscines, cours de gym.
Restaurants scolaires
Campings, maisons des jeunes
Fêtes, feux d'artifice, théâtre, concerts.

C'est la région qui a la moins de SP : elle a des compétences quelle peut concrétiser en créant des SP : Services de renseignements économiques pour les chefs d'entreprises.

Diverses conditions doivent être remplies pour la création spontanée de SP.

A – l'intérêt local.

Un SP ne peut être créé spontanément que s'il correspond à un intérêt local, que s'il sert les intérêts de la population, soit de la commune, soit du département, soit de la région.

Cet intérêt local peut être direct ou indirect (indirect quand création d'un camping par exemple). Cette exigence d'intérêt interdira à la CT d'agir hors de son territoire (cf. doc. 2) mais ça n'est pas toujours le cas (maison de loisirs dans les alpes par exemple).

B – le respect des attributions des autres personnes publiques.

Les CT doivent respecter les attributions réservées par la loi à l'état ou à d'autres personnes publiques (CE 29/06/2001, commune de Mons-en-baroeul). Cependant, la commune peut mener spontanément des actions d'insertion sociale bien que le département soit compétent dans ce domaine car «la loi sur l'action sociale du département n'a pas entendu interdire aux communes de créer de leur propre initiative des aides dont l'objectif est de favoriser l'insertion sociale dès lors qu'elles répondent à un intérêt communal».

La loi sur l'insertion sociale mentionne l'action des CT autre que le département.

C – le principe de la liberté de commerce et d'industrie.

Les CT doivent respecter cette liberté. Ce principe a 2 fondements : le Décret-loi Allarde de 1791 ou un PDG.

Le principe de la loi du commerce et de l'industrie interdit, sauf dispositions législatives, aux personnes publiques de concurrencer le secteur privé d'agir dans le domaine d'action concurrentiel des personnes privées.

■ Il est faux de croire que ce principe n'encadre que la création des SPIC car une activité peut être lucrative pour les personnes privées et un SPA pour les personnes publiques. Ex : cabinet dentaire gratuit...

la jurisprudence s'est prononcée sur la création de services publics dans le domaine concurrentiel et a dégagé 5 cas dans lesquels l'intervention est légale :

- 1) Le SP peut être créé quand il répond à des besoins correspondants à un SP non commercial, ex : création de lavoirs correspondant à l'hygiène, restaurants correspondant à l'assistance aux personnes défavorisées, consultations juridiques gratuites, piscines, stades.. il n'est pas nécessaire que l'initiative privée soit défaillante, CE 19/05/1933, Blanc : époque du socialisme municipal de l'après guerre.
- 2) Le SP peut être créé dans un but d'intérêt public en cas d'insuffisances quantitatives ou qualitatives de l'initiative privée pour répondre à des besoins locaux, CE 30/05/1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers. Ex : création de campings, bars, glace alimentaire....
- 3) L'extension d'un SP : des activités concurrentielles peuvent venir compléter un SP existant : il n'y a pas 2 SP mais diversification d'un SP dans le secteur concurrentiel, CE 04/06/1954, Berthod : le SP des pompes funèbres peut offrir des prestations complémentaires dans l'intérêt des familles et pour atteindre l'équilibre financier du service. CE 18/12/1959, Delansorme : un parc municipal de stationnement peut être complété par une station service. CE 25/07/1986, Commune de Mercoeur : rajout d'un bar restaurant à un commerce d'alimentation.

RQ : le rajout doit correspondre à un intérêt public et les conditions d'une concurrence loyale doivent être respectées. CE 23/05/2003, Communauté des communes Artois Lys.

- 4) Les collectivités peuvent se fournir elles-mêmes et pourvoir aux besoins de leurs services par leurs propres moyens. CE 27/06/1930, Bourrages et Moullet : création d'un service communal d'achat de fournitures de bureau et d'imprimerie pour tous les services de la commune.
- 5) Les collectivités publiques peuvent se porter candidates à l'attribution des contrats d'autres personnes publiques, marchés publics ou DSP en concurrence avec les entreprises privées. CE 16/10/2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eaux.

Les obligations liées à l'existence d'un Service Public

§1 : Les principes des Services Publics

Sous §1 : Le rôle des juridictions.

Les principes sont applicables quelque soit la nature du SP et quelque soit son mode de gestion.

A – La découverte des principes par le juge administratif.

Ces principes ou LOIS DE ROLLAND sont des PGD :

- **Principe de continuité des SP** : CE 1950, Dehaene ; CE 1980, Bonjean : principe fondamental de continuité des SP.
- **Principe d'adaptation des SP** : CE 1902, Cie nouvelle de gaz de Deville les Rouen.
- **Principe d'égalité devant le SP** : égalité des usagers (CE 1948, société du journal l'Aurore) et égalité des tiers (CE 1951, société des concerts du conservatoire).

RQ : le principe de neutralité est le corollaire du principe d'égalité : le SP doit être neutre.

La formulation du principe d'égalité devant le règlement par le juge administratif s'aligne désormais sur la formulation du CC : dans un arrêt du 15/05/2000, Barroux puis dans l'arrêt du 18/12/2002, Duvignères, le CE a décidé que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité, investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qu'il établit et ne soit pas manifestement disproportionné au regard des différences de situation ou des motifs susceptibles de la justifier ».

RQ : « ou des motifs » date du CE 10/01/2005, Hardy.

B – La reconnaissance des principes par le Conseil Constitutionnel.

La continuité du SP est un principe constitutionnel : CC 25/07/1979 sur la continuité du SP de la radio TV.

L'égalité également : CC 12/07/1979, pont à péage : le CC décide que l'égalité n'est pas méconnue quand une discrimination tarifaire est établie entre des usagers dans des situations différentes. OR, dans la décision du 23/07/1996, pour la première fois, le CC énonce expressément le principe d'égalité des usagers devant le SP. Dans cette décision portant sur l'entreprise nationale France Telecom, ce sont plusieurs principes liés au SP que le CC

énumère. Il décide que la loi est constitutionnelle car elle prévoit le respect de l'égalité de traitement des usagers, la centralité des services et la continuité des SP.

Le principe d'adaptation ne figure pas dans la liste. Dans la décision du 27/06/2001, IVG, contraception, le CC consacre formellement le principe d'égalité des usagers devant le SP.

Sous §2 : L'application du principe d'égalité des usagers : l'exemple de l'application de ce principe par le juge administratif.

Une discrimination n'est possible que :

- Si la loi l'autorise
- Si des catégories d'usagers sont dans des situations différentes
- S'il existe des motifs d'intérêt général justifiant d'une différence de traitement.

A – l'égalité dans l'accès au service public.

CE 13/05/1994, Commune de Dreux : permet au x communes d'exclure de l'accès aux SP **facultatifs** les usagers qui n'ont pas un lieu suffisant avec la collectivité (cf. notion d'intérêt local) car il y a une différence appréciable de situation entre ces catégories d'usagers.

La solution joue pour les SPA et les SPIC. Elle est réservée aux SP non obligatoires dont l'objet n'exclut pas que leur accès soit réservé à certaines catégories d'usagers (un service touchant à la sécurité comme les renseignements en montagne ne peut toutefois exclure personne).

Il est impossible d'exclure de la cantine scolaire les élèves des autres communes car d'une part, ils ont un lien suffisant avec la commune et d'autre part, l'objet du SP exclu qu'il soit réservé aux seuls enfants de la commune.

B – l'égalité dans la tarification du SP.

La formule constamment employée par le juge administratif depuis CE 10/05/1974, Dénoyez et Chorques : « considérant que la fixation des tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un SP, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service commande cette mesure ».

Le CE maintient cette formulation CE 13/03/2002, Union fédérale des consommateurs.

- 1) la tarification dans les SPIC.
 - a) la distinction entre les ressources.

Il ne peut y avoir de discrimination tarifaire selon les ressources des usagers car il n'existe ni différence de situation vis-à-vis du SP, ni motif d'intérêt général.

La loi peut diverger de la jurisprudence : Loi SRU 13/12/2000 autorise des discriminations tarifaires selon les ressources pour les transports urbains qui ont été qualifiés par la loi du 30/12/1982 de SPIC.

- b) la distinction selon le domicile.

En général il ne peut y avoir de différences tarifaires selon le domicile en faveur des habitants car le SPIC doit s'équilibrer financièrement et aucun usager ne doit payer plus que le contrepartie du service rendu. Il est donc impossible que les usagers extérieurs à la collectivité compensent ce que ne payent pas les usagers habitants de la commune. Mais une possibilité existe que dans le cas où le SP a d'autres ressources que la redevance des usagers (fonds européens..) CE 02/04/1997, Commune de Montgeron.

c) la distinction selon d'autres différences de situation.

Les usagers du SPIC placés dans des situations différentes pour d'autres raisons que les ressources ou domicile peuvent parfois être traités différemment.

Ex : le juge admet des tarifs dégressifs pour les entreprises grosses consommatrices.

Le CE décide qu'est légale l'obligation de versement d'une cotisation annuelle supplémentaire pour les usagers de l'eau qui ont une piscine CE 14/01/1991, Bachelet.

2) la tarification dans les SPA.

a) la distinction selon le domicile.

Le CE a admis que les tarifs des SP communaux varient et peuvent être plus élevés pour les personnes domiciliées hors de la commune à condition qu'il s'agisse de SPA facultatifs et à condition que les usagers extérieurs ne paient pas plus que le coût du service.(Ce 05/10/1984, Commissaire de la République de l'Ariège : cantine scolaire).

Cette solution est préférable à l'exclusion pure et simple du service de ceux qui n'auraient pas un lien suffisant avec la collectivité.

Elle s'explique par le fait que la collectivité subventionne le SP par les impôts payés par ses habitants. Ces impôts n'ont pas à servir aux habitants des autres collectivités.

La CJCE est d'un autre avis, elle estime que les tarifs préférentiels pour les habitants des collectivités porte atteinte au principe de non discrimination selon la nationalité (CJCE 16/01/2003, Commission contre République italienne).

b) la distinction selon les ressources.

Pour les SPA facultatifs, il peut y avoir discrimination selon les ressources dans certains cas rares mais en aucun cas les tarifs les plus élevés ne doivent dépasser les coûts du service rendu.

La discrimination pour différence de situation appréciable, objective et en rapport avec l'objet du service est rare car les conditions sont dures à réunir. Les barèmes de revenus déterminants l'application de tarifs différents ne sont généralement ni objectifs car sont établis par la collectivité, ni appréciables. La différence de ressources ne peut être retenue que pour les SP sociaux pour que la différence de situation soit en rapport avec l'objet du service.

La dérogation à l'égalité pour raison d'intérêt général est possible pour les SPA **facultatifs**, il faut qu'il y ai une raison d'intérêt général en rapport avec l'objet du SP pour qu'une discrimination tarifaire selon les ressources puisse être faite. CE 20/01/1989, CCAS de la Rochelle.

Cette différenciation est aujourd'hui possible pour les écoles de musique car le CE a abandonné la jurisprudence Ville de Tarbes du 26/04/1985 dans 2 arrêts du 29/12/1997,

Commune de Nanterre et arrêt Commune de Gennevilliers. Ce sont tous les services permettant d'éviter la fracture sociale qui peut tenir compte des ressources des usagers.

Dans les deux arrêts, le CE constate que les SP sont des SPA facultatifs et « eu égard à la qualité qui s'attache à ce que ce conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent sans distinction de leur possible finance, le conservatoire a pu fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles dès lors, notamment, que les tarifs payés par ces élèves restent inférieurs au coût de fonctionnement ».

La loi du 19/07/1998 relative à la lutte contre les exclusions prévoit que les tarifs des SPA facultatifs peuvent être fixés en fonction du niveau de revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer. Les droits les plus élevés ainsi fixés ne peuvent pas être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée. Cette loi confirme l'idée selon laquelle la jurisprudence du CE de 1997 était fondée à la lutte contre l'exclusion.

Il y a un cas où la personne publique n'est pas tenue de pratiquer des tarifs : elle peut pratiquer des tarifs différents quand elle est candidate dans une procédure de marché public.

§2 : Autres obligations pesant sur tous services publics.

Ces obligations pèsent sur toute personne gérant un SP. C'est le législateur qui a créé de telles obligations depuis une vingtaine d'années :

- La compétence du médiateur pour tous les SP (Loi 03/01/1973)
- La communication des documents administratifs (Loi 17/07/1978 modifiée par la loi du 12/04/2000. Une autre ordonnance va modifier cette loi prévue par la loi d'habilitation du 09/12/2004).
- Les archives de publicité (Loi 03/01/1979).
- Le droit de grève et applicable à tous les SP. (Loi 31/07/1963)
- Le traitement automatisé des informations nominatives (Loi 6/01/1978), à l'informatique, aux fichiers et liberté modifiée par la loi 06/08/2004.

§3 : Démocratie et services publics locaux.

- ❖ La loi de démocratie de proximité du 27/02/2002 a créé dans le CGCT un chapitre intitulé « participation des habitants et des usagers à la vie des SP ». ce chapitre comprend un article unique : L1413-1 qui obligent les CT, EPCI et les syndicats mixtes, s'ils ont une taille suffisante à créer une commission consultative des SP locaux pour l'ensemble des SP qu'il confie à un tiers par convention de délégation de SP ou qu'ils exploitent en régie dotée de l'autonomie financière.
- ❖ Cette commission présidée par l'exécutif comprend des membres de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle et des représentants d'associations locales nommés par l'assemblée ou l'organe délibérant.
- ❖ La majorité des membres peut demander l'inscription à l'ordre du jour de toute proposition relative à l'amélioration des SP locaux.
- ❖ Elle examine chaque année :
 - le rapport mentionné à l'article 1411-3 établis par le délégataire du SP.
 - Les rapports sur le prix et la qualité du SP d'eau potable, les services d'assainissement, de collecte et d'évacuation des ordures ménagères.

- Un bilan d'activité des services exploités en régie dotée de l'autonomie financière.
- Le rapport mentionné à l'article L 1414-14 établi par le cocontractant d'un contrat de partenariat.
- ❖ La commission est consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou l'organe sur :
 - Tout projet de délégation de SP avant que l'assemblée ou l'organe ne se prononce.
 - Tout projet de création d'une régie dotée de l'autonomie financière avant décision portant création de la régie.
 - Tout projet de partenariat avant que l'assemblée ou l'organe ne se prononce.

LES REDEVANCES POUR SERVICES RENDUS.

Quand le SP est un SPA et alimenté de taxes fiscales, c'est la loi qui fixe le montant des taxes ou leur mode de détermination. Le problème de l'égalité ne se pose donc que pour les redevances qui sont librement fixées par les CT.

La question de leur légalité est réglée pareillement que le SP alimenté par des redevances.

La redevance pour services rendus peut se définir comme « toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un SP ou les frais d'entretien d'un ouvrage public et qui tire sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service »

RQ : le CE utilise aussi le terme « prix » quand la redevance est perçue par un SPIC.

§1 : Critères de légalité dégagés par le juge administratif.

1. la redevance doit porter sur des services qui peuvent donner lieu à la perception d'une redevance. Certains SP ne peuvent être financés que par l'impôt : CE ass 30/10/1996, Wajr : service de gendarmerie sur autoroute. Idem pour la sécurité dans les aéroports et la lutte contre les incendies dans les Landes.
2. les redevances doivent trouver leurs contreparties directes dans le service rendu aux usagers. La redevance doit correspondre à un service rendu (doc. 10)
3. la redevance doit être proportionnée au coût du service rendu mais le juge ne fait qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le montant de la redevance. L'annulation de la décision n'est prononcée que si la redevance est manifestement disproportionnée. : CE ass 10/07/1996, Société DMP.

Pour les SPA, le montant de la redevance peut être très bas. Pour les SPIC, il faut respecter la règle de l'équilibre financier. Mais si le SPIC ne recourt pas au budget de la collectivité, la redevance peut être inférieure au coût.

Le juge admet les redevances comportant une partie fixe et une autre proportionnelle (abonnement d'eau) car les dépenses du SP sont loin d'être uniquement liées au volume d'eau consommé.

Le juge refuse de se prononcer sur la légalité de tarifs soient disants excessifs ou disproportionnés quand il s'agit d'un SP facultatif et qu'il existe une concurrence effective : CE 23/05/2003, Communauté de communes Artois Lys. Sans doute pense-t-il que le contrôle des prix par le jeu de la concurrence est meilleur que le contrôle de la légalité. Le fait qu'il existe une vraie concurrence semble prouver que les tarifs du SP ne sont pas excessifs et qu'il pourrait que troubler cette donne en intervenant car il risquerait de gêner les concurrents du SP s'il obligeait le dit SP à baisser ses prix.

§2 : les règles législatives.

Les actes administratifs ne peuvent permettre la violation du droit de la concurrence et donc les tarifs des SP ne peuvent constituer des abus de position dominante ni être anormalement bas (L420-2 et L420-5 du code de la concurrence)

Le droit de la consommation doit également être respecté.

Le contrôle des clauses abusives ne peut concurrencer l'adéquation du montant de la redevance par rapport au service rendu.

Le REP est recevable contre les clauses tarifaires des contrats de délégation car ce sont des clauses portant sur l'organisation du SP et sont donc des règlements : CE ass 10/07/1996, Cayzele.

LES MODES DE GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

§1 : La diversité des modes de gestion.

Un grand nombre de possibilités existe. Les différents modes de gestion peuvent être classés selon leur proximité avec la collectivité de rattachement.

Il faut mettre à part les coopérations institutionnelles où il y a une perte de compétence (EPCI, syndicats mixtes, ententes départementales ou régionales et L1114-4-1, les districts européens œuvrant dans le cadre de la coopération transfrontalière)

- ❖ la gestion par la collectivité sans l'intermédiaire d'une autre personne morale : la **régie simple** et **régie dotée de l'autonomie financière**.
- ❖ La gestion d'une **régie personnalisée** c'est-à-dire une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Ce sont des EP locaux. Art 34C° : la loi intervient pour créer des catégories d'EP
- ❖ La gestion par une convention entre CT. : il peut s'agir d'un contrat de mise à disposition ou d'un contrat créant une régie internationale.
- ❖ La gestion par convention avec une communauté urbaine (L5215-27) ou une communauté d'agglomération (L5216-7-1) ou une communauté de communes (L5214-16-1). Ces 3 EPCI peuvent faire gérer leur SP par des communes membres intéressées.
- ❖ La gestion par une société d'économie mixte locale : la délégation de service public n'est pas toujours nécessaire quand le service est géré par une SEM.
- ❖ La gestion par DSP ou marché public : il y a marché public quand la rémunération du gestionnaire n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation sont donc des marchés publics, des contrats de gérance, certaine régies intéressées et certains contrats innomés d'exploitation de SP. Il peut y avoir également un bail emphytéotique administratif (18 à 99 ans qui confère un droit réel au preneur) ou la gestion par un GIP (la loi du 06/02/1992 prévoit la création de GIP pour l'élaboration et la mise en œuvre de politiques concertées de développement social urbain) ou encore un SP communal géré par des entreprises privées sur acte unilatéral du préfet (SP communal de pompes funèbres). Dans le doc.12, le CE se demande s'il s'agit d'une DSP, d'un MP ou d'une mise à disposition. Dans les trois cas il y a dévolution du SP par contrat : c'est un MP soumis aux règles communautaires. OR ; aujourd'hui, notre CMP s'applique aux contrats entre personnes publiques donc le CE considèrerait aujourd'hui que ce contrat est également soumis au droit interne.

§2 : le choix du mode de gestion.

Principe : **liberté**. Quand le principe de liberté s'applique, le juge se refuse à contrôler le choix du mode de gestion : il ne fait pas le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

La collectivité n'a cependant pas toujours cette liberté.

A – la gestion obligatoire par la collectivité elle-même.

L'article L1412-2 CGCT résultant de la loi 12/07/1999 prévoit que certains SPA ne peuvent être gérés que par une régie simple (et non individualisée) c'est-à-dire par les organes mêmes des CT, EP, EPCI et syndicats mixtes. Cet article exclu en effet que les SPA qui, par nature ou par la loi ne peuvent être gérés que par la collectivité locale, soit gérés par des régies individualisées ayant leurs propres organes. C'est une transcription de la jurisprudence administrative et des avis du CE.

Avis CE 07/10/1986 et 01/10/1996 : certains SPA ne peuvent être assurés que par la CT elle-même. Au départ, en 1986, l'exigence du CE exclu principalement la DSP **mais** depuis la loi 29/01/1993 permettant la gestion des SPA *communaux, syndicaux ou départementaux* par des régies individualisées, l'exclusion concerne aussi ces nouveaux modes de gestion des SPA. Seule la régie simple est donc possible pour certains SPA en raison de leur nature ou de la loi : **le SPA ne peut être géré ni par DSP, ni par MP, ni par SEM locale, ni par une autre personne publique suite à une convention, ni par une régie individualisée....**

Des avis ou arrêts ont donné des exemples :

- la préparation des repas de cantine scolaire peut être déléguée mais la surveillance des enfants relève de la collectivité elle-même : Avis CE 07/10/1986
- la délivrance des autorisations d'occupation des sols ne peut pas être déléguée : CAA Paris 13/06/1989, Commune du Bois d'Arcy.
- La police municipale ne peut être déléguée non plus : TA Versailles 17/01/1986, Commissaire de la République de Seine et Marne.
- Un département ne peut déléguer la mission de prévention des maladies infantiles : CE 17/03/1989, Syndicat des psychiatres français.
- Les compétences de l'Etat en matière électorale, d'état civil ne peuvent être assurées que par la commune elle-même qui est chargée de ces services de l'Etat.

L'avis du CE de 1986 est repris dans la circulaire du 07/08/1987 relative à la gestion des CT de leurs SP locaux : JO 20/12/1987 p.14863.

B – la gestion obligatoire par un établissement public.

La loi impose parfois la forme de l'EP. C'est le cas pour le CCAS, pour les institutions sociales et médico-sociales, pour les établissements de santé, pour les collèges et lycées, pour les offices d'HLM, pour les SDIS, pour les caisses de crédit municipal.... Ce sont tous des SPA.

Attention à ne pas confondre cette obligation avec celle de créer des SP : la CT est parfois obligée de créer l'EP comme le CCAS à moins que n'existe un CIAS. D'autres fois la loi prévoit et organise un EP mais sans obliger la collectivité à le créer comme les caisses de crédit municipal.

2^{ème} dossier : La gestion des services publics par les collectivités elles-mêmes.

La collectivité peut gérer directement son propre service en régie ou le faire gérer par une autre collectivité territoriale par le biais de la coopération conventionnelle (et pas la coopération institutionnelle).

Les régies locales

Le CGCT traite de ce mode de gestion aux articles L1412-1 et L1412-2, L2221-1 à L2221-20 et R1412-1 à R1412-3 et R2221-1 à R2221-99.

La notion de régie recouvre 3 modes de gestion d'un SP quelques peu différents :

1. la régie est dite simple s'il s'agit d'un simple service non individualisé.
2. la régie est dite « dotée de la seule autonomie financière » quand elle n'a pas la personnalité morale mais qu'elle dispose d'un budget annexes et d'organes de gestion qui lui sont propres.
3. la régie peut être dotée de la personnalité juridique distincte. Le CGCT désigne une telle régie comme étant une régie « dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ».

Les règles concernant les régies ont connu un bouleversement important car aujourd'hui, toutes les personnes publiques locales peuvent avoir recours aux modes de gestion en régie individualisée et ceci pour tous leurs SP (SPIC et SPA). De plus, depuis le décret du 23/01/2001, il y a une amélioration des conditions d'administration des régies en distinguant selon que les régies sont dotées de la seule autonomie financière et de la personnalité morale et selon que le SP géré est administratif ou industriel et commercial.

§1 : les personnes publiques concernées par les régies locales.

Longtemps, les communes (D-loi 28/12/1926), les syndicats de communes (D-loi 28/12/1926) et les départements (D-loi 20/05/1955) furent seuls à pouvoir gérer leur SP en régie individualisée.

La loi Chevènement du 12/07/1999 reprise aux articles L1412-1 et L1412-2 autorise désormais toutes les CT, leurs EP, les EPCI et les syndicats mixtes à gérer leurs SP en régie avec autonomie financière donc en régie individualisée.

Toutes les régies individualisées sont soumises aux dispositions réglementaires concernant les régies communales qui figurent aux articles R2221-1 et s. Des renvois à ces articles sont en effet opérés par les articles R1412-2 et R1412-3 : il aurait fallu en traiter dans la première partie du code mais les dispositions législatives étaient déjà dans la deuxième partie.

On parlera du maire et du conseil municipal alors qu'il pourra s'agir de n'importe quel exécutif local ou d'une assemblée ou d'un organe délibérant.

§2 : le choix du type de régie selon la nature du SP.

Les CT, sauf les communes de moins de 10 000 habts et leurs groupements, doivent prendre l'avis de la **commission consultative des SP locaux** avant de constituer une régie dotée de l'autonomie financière (et pas seule autonomie financière) donc individualisée. Le choix qu'ils doivent effectuer sera ainsi mieux éclairé mais l'avis reste simple.

A – le choix pour les SPA.

C'est depuis la loi du 29/01/1993 reprise à l'article L2221-2 que les SPA communaux, syndicaux et départementaux peuvent être gérés en régie dotée de la **seule** autonomie financière ou en régie pourvue de la personnalité juridique (qui inclus donc l'autonomie financière).

Les autres personnes publiques peuvent avoir des régies avec autonomie depuis la loi du 12/07/1999 reprise à l'article L1412-2 : cette possibilité n'est ouverte que si la loi n'impose pas que le SP soit géré par un EP spécifique sinon c'est l'EP qui choisit le type de régie.

La gestion d'un SPA peut donc être faite sous une des 3 formes de régie et non plus seulement sous la forme classique de la régie simple.

La personne publique peut librement choisir entre les 3 formes de régie à moins qu'il s'agisse d'un SPA qui ne peut être géré qu'en régie simple (voir supra).

B – le choix pour les SPIC.

C'est très différent.

Il est utile et nécessaire de pouvoir contrôler l'équilibre financier du service et de retracer, en dehors du budget général et donc la comptabilité de la personne publique de rattachement, les opérations qui peuvent être soumises à des impôts et qui peuvent être offertes dans un environnement concurrentiel. De plus, l'idée de saine gestion exige de connaître les coûts et la rentabilité d'un SP : le budget annexes des régies dotées de l'autonomie financière et le budget propre des régies personnalisées permettent cette individualisation des comptes : c'est donc une obligation pour la gestion des SPIC de choisir soit la régie avec autonomie financière (choix le plus courant) soit la régie personnalisée.

L'article L1412-1 impose un tel choix.

Attention : la régie simple est interdite et cette interdiction vaut désormais pour toutes les personnes publiques locales depuis la loi Chevènement du 12/07/1999.

Seule exception : article L2221-8 : concerne les régies communales créées avant le décret du 28/12/1926, elles peuvent demeurer des régies simples mais doivent tenir des comptes à part

car le respect de la règle de l'équilibre financier doit pouvoir être contrôlé et car des impôts peuvent être dus.

§3 : la diversité des régies.

Les règles à respecter diffèrent selon le type de régie.

A – la régie simple.

- n'a ni personnalité morale ni autonomie financière.
- Pas d'organe propre de gestion.

Sont des SP sans individualisation. Les opérations financières sont intégrées dans le budget de la personne publique qui a créé le SP.

Le CGCT interdit que des régies simples soient créées pour les SPIC mais cette interdiction est très mal respectée par les petites communes : il est en particulier très dur pour celles-ci de pouvoir avoir les organes de gestion distincts nécessaires aux régies individualisées. Le Décret du 23/02/2001 a recherché des solutions à ce problème : un même conseil d'exploitation ou un même directeur peut être chargé de l'administration ou de la direction de plusieurs régies dotées de la seule autonomie financière.

RQ : cette possibilité est utile aussi quand les SP sont complémentaires. Peu importe qu'il s'agisse de SPIC ou de SPA : article R2221-3.

Autre idée : dans les communes et les groupements de moins de 3500 habts, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'EPCI. Dans ce cas, la présidence du conseil d'exploitation peut être assurée par le maire ou par l'un des membres désignés par le maire pour être président : art R2221-65.

B – la régie dotée de la seule autonomie financière.

Les dispositions du **décret du 23/02/2001** distinguent les règles valant pour les SPA, celles pour les SPIC et celles valant pour les deux.

- 1) les dispositions générales.

Une telle régie n'a pas la personnalité morale, elle est donc placée sous l'autorité « du maire et du conseil municipal » mais elle est administrée par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur.

- a) l'organe délibérant de la régie.

Le conseil d'exploitation a ses membres qui sont désignés par « le conseil municipal » sur proposition du « maire ».

La majorité des membres du conseil d'exploitation est constituée par des membres du « conseil municipal » et la durée de leur fonction ne peut excéder la durée de celle des « conseillers municipaux » : le conseil d'exploitation est la chose du conseil politique.

Les autres règles concernant l'organisation et le fonctionnement du conseil d'exploitation sont fixées par le « conseil municipal » dans le statut de la régie. Le conseil d'exploitation n'a que des attributions réduites : son pouvoir délibérant se limite aux compétences que le décret ne donne pas au « conseil municipal » et que celui-ci ne s'est pas réservé dans le statut de la

régie. (Art R2221-64). Son rôle est essentiellement consultatif. Le président du conseil d'exploitation élu par ce dernier n'a pas de fonctions exécutives.

b) l'exécutif.

Le directeur est nommé par « le maire » après avoir été désigné par « le conseil municipal » sur proposition « du maire ».

Le véritable décideur reste cependant « le maire » car le décret donne fort peu de compétences au directeur (Art R2221-68) : l'étendue de ses fonctions dépend de la décision du « maire » qui peut lui accorder des délégations de signature en toutes matières. (Art R2221-63) mais le directeur qui a reçu délégation de signature agit sous la surveillance et la responsabilité « du maire ».

C'est le maire qui est le représentant légal de la régie, il en est également l'ordonnateur.

2) les dispositions propres aux SPIC.

Le directeur est un agent contractuel public (CE 08/03/1957, Jallancques de Labeau et questions écrites n°253 au JO assemblée nationale du 04/11/2002 p.4044.)

Par exception dans les communes et groupements de communes de moins de 3500 habitants, le directeur peut-être un fonctionnaire, ce qui peut réduire les charges du personnel et là encore inciter les petites communes à respecter l'obligation d'individualiser leurs régies pour les SPIC. (Art R2221-75).

C'est le directeur qui recrute les agents de droit privé de la régie sous réserve des dispositions du statut.

3) les dispositions propres aux SPA.

C'est le droit commun de l'administration « communale » qui joue pour l'organisation de la régie. Les agents, ainsi que le directeur sont en principe des fonctionnaires gérés par « le conseil municipal et le maire ».

L'autonomie des régies dotées de la seule autonomie financière gérant un SPA est des plus réduite : elle se limite quasiment à l'existence d'un budget annexe et encore, ce budget annexe est voté par « le conseil municipal ».

C – la régie personnalisée.

1) les dispositions générales.

Ces régies sont dénommées « **établissement public local** » par l'article L2221-10 mais il n'y a nul besoin d'intervention d'une loi pour les créer comme c'est le cas pour les catégories d'établissements publics (doc.1 bis).

La régie personnalisée a une autonomie accrue, c'est le **conseil d'administration** qui va disposer de l'essentiel des pouvoirs.

La nomination des membres de ce conseil s'opère comme pour les membres d'un conseil d'exploitation : il y a désignation par « le conseil municipal » sur proposition « du maire ». il y a obligation que les représentants de « la commune » détiennent la majorité des sièges.

Le conseil d'administration a la compétence de principe pour délibérer sur toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie.

Le décret du 23/02/2001 prévoit un président du conseil d'administration élu par le conseil en son sein et un directeur nommé formellement par le président mais qui est désigné par « le

conseil municipal » sur proposition du « maire ». (le président n'a qu'une compétence liée dans la nomination). Le directeur est forcément un agent public.

La répartition des fonctions entre le président et son directeur dépend de la nature du SP.

2) les dispositions propres aux SPIC.

Le directeur, qui est dans une situation contractuelle de droit public est le représentant légal de la régie et assure l'ensemble des fonctions exécutives : exécution des délibérations, chef de service, supérieur hiérarchique des agents, ordonnateur...

Le directeur est placé théoriquement sous le contrôle du président : en réalité, il est sous le contrôle du « maire » qui peut proposer au « conseil municipal » de mettre fin à ses fonctions.

3) les dispositions propres aux SPA.

Le régime juridique, financier, budgétaire et comptable de la régie est celui de la collectivité de rattachement sauf dispositions propres à ces régies (art.R2221-53).

Dans son avis du 01/10/1996, le CE avait déjà admis que le régime de ces régies était celui des EPA qui suit les règles des collectivités publiques sauf dispositions propres.

L'application du droit commun des personnes publiques de rattachement signifie notamment que le personnel relève de la FPT et que les actes pris relèvent du contrôle de légalité.

Concernant l'exécutif, cette fois, c'est le président du conseil d'administration qui est le représentant légal de la régie qui assure l'exécution des délibérations, qui nomme les personnels et qui est l'ordonnateur des recettes et des dépenses.

Le président doit être membre du « conseil municipal ». le directeur a pour tâche d'assurer le fonctionnement de la régie, il n'a pas de pouvoirs propres et ne peut tout au plus que recevoir une délégation de signature du président. Le directeur délégué reste sous la responsabilité et la surveillance du président du conseil d'administration.

Les régies personnalisées gérant un SPA ont une autre particularité : le conseil d'administration ne peut comprendre comme membres des agents publics de « la commune » ou des agents publics du SPA car ces agents publics sont soumis au principe hiérarchique qui leur interdit d'avoir un rôle de direction.

❖ Lachaume, RFDA 2001 p.1063.

❖ Douhans, AJDA 2001 p.376.

**La gestion du service public confiée à une autre
collectivité territoriale par le biais de la coopération
conventionnelle.**

§1 : la régie intercommunale.

Ce type de régie n'existe que pour les communes et c'est pourquoi les dispositions réglementaires les concernant ont disparu du CGCT avec le décret du 23/02/2001 car il concerne toutes les collectivités. De plus le gouvernement ne veut pas encourager ce type de coopération qui est de la fausse intercommunalité.

L'article L2221-13 prévoit que lorsque les régies sont d'intérêt intercommunal, 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 concernées. Le conseil d'exploitation d'une régie autonome et le comité du syndicat peuvent être confondus quand le syndicat ne gère qu'un SP. (EPCI donc coopération institutionnelle qui ne sera pas étudié ici.)

La régie intercommunale exploitée sous la direction d'une commune est une régie qui dispose de la seule autonomie financière. C'est en effet sous le titre « régie dotée de la seule autonomie financière » que figure l'article L2221-13.

Ce n'est pas une régie simple car il faut individualiser les comptes pour les communes concédantes et ce n'est pas une régie personnalisée car c'est la commune elle-même qui est concessionnaire. Cette régie peut aussi bien gérer un SPIC qu'un SPA.

Les communes se concertent préalablement à la création de la régie autonome dans le cadre d'une conférence intercommunale (art L5221-2). Celle-ci est composée de représentants des conseils municipaux : les décisions prises par cette conférence doivent être ratifiées par les conseils municipaux. L'accord unanime des conseils municipaux constitue une **entente** (art L5221-1). Puis chaque commune va passer une convention avec la commune concessionnaire qui exploitera le SP par l'intermédiaire de sa régie autonome. La commune est dite concessionnaire mais ce n'est pas une DSP ! c'est ici une coopération. La loi Sapin sur la mise en concurrence ne s'applique pas. D'ailleurs une des communes intéressée peut être concessionnaire.

La régie intercommunale n'est pas utilisée en pratique pourtant le CE a dit qu'elle pouvait être utile (doc. 2) mais c'est un procédé lourd fait pour préserver la liberté des communes mais qui de ce fait court d'importants risques de paralysie.

§2 : la mise à disposition.

L'article L5111-1 prévoit que les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elle s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences.

La loi du 13/08/2004 permet que ces conventions de mise à disposition existent entre communes et EPCI (art L5211-4-1) et également entre communes ou groupements de communes ou de syndicats mixtes (art L5721-9).

Une collectivité peut ainsi gérer le SP d'une autre collectivité : le CE évoque cette possibilité dans son avis du 19/12/1995 (doc. 2).

C'est dans l'intérêt du service mis à disposition que la convention est souvent passée. C'est souvent le cas des pompes funèbres.

La convention de mise à disposition relève de la coopération locale et ne fait l'objet d'aucune mise en concurrence en droit interne. Encore faut-il qu'il s'agisse réellement d'une convention de mise à disposition et non d'un marché public ou d'une DSP c'est-à-dire qu'il n'y ai aucun but marchand (TA Toulouse 11/07/2002, société méridionale des eaux, BJCP 2003, n°26 p.36)

RQ : la mise à disposition n'existe pas en droit communautaire et si la convention st conclue à titre onéreux même s'il s'agit d'un simple remboursement des charges, il peut y avoir marché public.

3^{ème} dossier : Les délégations de service public

Attention la délégation n'est pas toujours possible !!!

La notion de délégation de service public.

Employée par le législateur pour la première fois dans la loi du 06/02/1992 relative à l'administration territoriale de la république : ATR.

C'est la jurisprudence administrative qui a d'abord défini la délégation puis le législateur est intervenu et a repris la définition jurisprudentielle.

L'article 3 de la loi du 11/12/2001 portant mesure urgente à caractère économique et financier (art L1411-1) énonce : « une DSP est un **contrat** par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un SP 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 »

L'intervention du législateur a l'intérêt de renseigner le juge pénal sur ce qu'est une délégation et d'harmoniser les jurisprudence administrative et pénale.

§ 1 : les éléments de définition de la DSP.

Ils sont au nombre de 3 :

- la forme
- l'objet
- la rémunération

A – la forme contractuelle

La DSP est une convention, un contrat administratif. Elle se distingue par là des habilitations unilatérales donnant mission de SP.

B – l'objet du contrat : la gestion d'un service public.

Cette convention a pour objet de confier à un délégataire la responsabilité de faire fonctionner un SP. Il faut une autonomie de gestion suffisante, il ne s'agit pas d'une prestation de service isolée. Il convient de vérifier aussi qu'il y a bien présence d'un SP.

Rappel : pour qu'il y ai SP il faut une activité d'intérêt général et un rattachement à une collectivité publique qui soit impliquée dans l'activité (aides, contrôles, fixation de conditions d'exploitation...) Ex : restaurant dans un parc public : le CE décide que ce n'est pas une DSP car ce n'est pas un SP (CE 13/03/1999, ville de Paris, AJDA 1999 p.439).

Un contrat d'occupation du domaine public peut être une DSP si l'occupant est chargé d'une mission d'intérêt général et peut user des prérogatives propres à la gestion du domaine public (CE 11/12/2000, Agofroy, AJDA 2001 p.193 : il s'agit d'accueillir des artistes). De même, le plagiste peut avoir une DSP si pèse sur lui des obligations de SP comme la surveillance de la plage pour des raisons de sécurité, entretien, et conservation de la plage mais il n'y a pas de SP s'il ne fait que du commerce (cf. article « concessions domaniales des CL : quel risque de requalification en convention de DSP ? » RFDA 2002 p.1059)

C'est la personne publique qui crée le SP et l'organise. Le délégataire réalise les prestations destinées aux usagers, il exploite le service, il assure le fonctionnement courant du service.

C – la rémunération du cocontractant

C'est un critère important de la DSP.

CE 15/04/1996, préfet des Bouches du Rhône contre commune de Lambesc (doc. 3) pose pour la première fois un tel critère suite à la loi du 29/01/1993 qui traite la procédure de passation des délégations. Dans cet arrêt le CE indique que les marchés publics dont l'objet est la gestion d'un SP n'échappe pas aux règles contraignantes du code des marchés publics du fait de la loi qui pose des règles souples pour la passation des délégations ne les concerne pas.

Le critère de la rémunération s'énonce ainsi : « il y a délégation quand la rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. » Il peut s'agir de redevances perçues sur les usagers mais également d'autres sources de rémunération comme la vente de chaleur produite par une usine d'incinération des ordures (doc. 13) : CE 30/06/1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine et marnais, AJDA 1999 p.714.

Les résultats de l'exploitation sont les recettes tirées de l'exploitation c'est-à-dire le chiffre d'affaire hors prix versé par l'administration cocontractante. Exiger pour qu'il y ai DSP que la rémunération du cocontractant soit substantiellement lié aux résultats de l'exploitation signifie que l'équilibre financier du contrat est atteint grâce aux recettes tirées de l'exploitation du service.

Un risque financier pèse sur le cocontractant car les recettes d'exploitation ne sont pas sûres à la différence d'un prix. La rémunération globale du délégataire comprend le droit d'exploiter le service et d'en tirer des avantages financiers et aussi éventuellement un prix.

Le premier élément de rémunération, c'est-à-dire les recettes d'exploitation, ne doivent pas être infimes mais être substantiel car il doit peser un risque financier sur le délégataire. Ce risque distingue la DSP et le MP.

RQ : substantiel peut être 10%

§2 : la distinction DSP et MP

Il faut les distinguer car ils obéissent à des règles différentes pour leur passation et leur exécution. La distinction repose sur deux éléments :

- l'objet du contrat
- la rémunération : ce critère n'est utilisé que si l'objet n'a pas permis de qualifier le contrat.

A – l'objet du contrat

C'est un élément possible de différenciation si le cocontractant de l'administration effectue des prestations qui sont seulement des moyens pour l'administration d'assurer elle-même le SP et alors on est en présence d'un marché. Mais si le cocontractant est chargé de faire fonctionner le SP, s'il reçoit la responsabilité de la gestion du SP, il peut y avoir MP ou DSP : il faut alors s'intéresser au critère de la rémunération.

B – la rémunération du cocontractant

Quand le cocontractant est payé par un prix versé par l'administration, on est en présence d'un marché : ex : le contrat de gérance.

On est également en présence d'un MP dans tous les cas où la rémunération n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

Une convention entre EP territoriaux, l'un gérant le SP d'assainissement de l'autre, prévoyant que les compétences se font à livre ouvert c'est-à-dire sans aucun aléa dans la rémunération, n'est pas un DSP c'est un marché (doc.12)

En principe, il ne peut y avoir MP pour confier la gestion d'un SPIC local puisque la qualification d'un SPIC est incompatible avec des subventions de la collectivité de rattachement.

S'il y a MP portant sur la gestion d'un SP il faut appliquer les règles du CMP.

§3 : la distinction entre DSP et contrat de subvention d'une association.

L'article 10 de la loi 12/04/2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration exige que les subventions aux associations qui dépassent 23000 euros/an fassent l'objet de convention définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention.

Le risque est grand que le juge qualifie parfois de tels contrats de DSP puisque l'exigence que la délibération accordant la subvention poursuive un intérêt local signifie que l'association a forcément un objet qui correspond à un intérêt local. Cet objet peut parfois être confondu avec la gestion d'un SP.

Ex : requalification d'un ciné club, « risque de requalification des subventions aux associations en marchés ou en DSP », Moreau, AJDA 2002 p.903.

Le risque d'une requalification du contrat réside dans l'absence illégale de mise en concurrence préalable. Les subventions sont accordées sans mise en concurrence alors que les DSP et les MP font sa place à l'impératif de libre concurrence.

Pour départager la DSP et la convention de subvention, on peut se reporter à la circulaire d'application du CMP du 08/01/2004 : « la subvention constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agit d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agit d'un MP. La mise en concurrence préalable ne s'applique pas pour les contrats de subvention, elle n'est nécessaire que s'il y a MP ou DSP c'est-à-dire quand le cocontractant de l'administration répond aux besoins de l'administration » : CAA Marseille 20/07/1999, commune de Toulon, AJDA 2000 p.222.

Les diverses formes de délégations de service public

Il ne faut pas s'attacher à la dénonciation donnée par les parties à un contrat : c'est le contenu du contrat qui importe.

Il est classique de donner une classification des contrats de délégation mais l'intérêt en est mineur. En effet, les règles juridiques applicables aux délégations dépendent du contenu des contrats. Ex : la durée des délégations est fonction de l'importance des investissements à la charge du cocontractant.

Ces règles juridiques ne dépendent pas du classement dans l'une ou l'autre catégorie de convention. D'ailleurs, la régie intéressée peut être un MP ou une DSP.

La qualification juridique n'a d'intérêt que si elle permet de trouver le régime juridique applicable. De plus, il y a beaucoup de contrats innomés montés de toute pièce et ce n'est pas gênant.

La distinction des différents contrats importait surtout à l'époque des cahiers des charges types et de la tutelle de l'Etat.

§1 : la concession de service public

c'est la plus ancienne des formes de délégation. Elle est généralement définie comme la convention par laquelle une personne publique charge une autre personne de la gestion d'un SP et met à sa charge la réalisation des investissements et l'exploitation du service moyennant une rémunération qui est principalement constituée par les redevances versées par les usagers, redevances encore appelées prix si c'est un SPIC. (une telle concession est encore appelée concession de SP et de travaux publics mais c'est rare).

Les biens édifiés appartiennent à la collectivité publique au fur et à mesure de leur réalisation mais c'est le concessionnaire qui assure le financement des travaux publics et qui est maître d'ouvrage.

Il peut y avoir aussi concession du seul SP sans concession de travaux publics quand le SP ne nécessite pas d'ouvrage public. Ex : le plagiste ne construit rien de même pour les services de transports.

Pour de tels contrats où il n'y a qu'une exploitation du SP, l'hésitation était permise entre une qualification de concession et une qualification d'affermage : le CE a considéré qu'il s'agissait d'une concession (rapport public de 1996 p.165)

RQ : affermage signifie remise d'ouvrage au délégataire et possibilité de versements de redevances du délégataire au délégant en contrepartie de la fourniture des ouvrages.

Le concessionnaire a la responsabilité du service, les actions en responsabilité sont intentées contre lui, il assume les risques financiers de l'exploitation : il exploite à ses risques et périls.

§2 : l'affermage

c'est une convention par laquelle une personne publique charge un fermier d'exploiter un SP et lui remet pour cela les ouvrages nécessaires à l'exploitation. Le financement des investissements par la personne publique justifie le versement par le délégataire d'une redevance couvrant l'amortissement ce qui explique le terme « affermage ».

Le fermier a la responsabilité de l'exploitation qu'il assure à ses risques et périls. S'il est chargé par avenant de réaliser des travaux autres que de simples entretiens, il devient concessionnaire. A l'inverse, une concession peut se transformer en affermage une fois que les investissements ont été réalisés. (doc.6)

Il n'y a pas de frontière très nette entre concession et affermage mais une échelle de situations particulières et notamment, rien n'interdit au fermier de participer au financement des investissements (CE 12/12/2003, département des landes, RFDA 2004 p.524)

§3 : la régie intéressée lorsqu'il s'agit d'une délégation.

C'est une convention par laquelle le cocontractant est chargé de gérer le SP moyennant une rémunération calculée en fonction d'éléments qui dépendent de l'habileté commerciale ou technique du régisseur.

Il y a régie intéressée car le délégataire reçoit un paiement de la CL à la différence de la concession et de l'affermage. Sa rémunération peut revêtir des modalités diverses mais elle l'incite à améliorer la gestion et la productivité du service par ses initiatives. Il peut par exemple percevoir une prime d'intéressement aux résultats comptables du SP.

Attention ! pour que ça soit une DSP, il faut en plus que sa rémunération soit substantiellement liée aux résultats financiers de l'exploitation et pas uniquement des sommes perçues du délégant. (doc.13)

A la différence du concessionnaire, le régisseur intéressé n'est pas maître d'ouvrage (doc.11).

Attention ! la régie intéressée est parfois un marché public quand la rémunération n'est pas substantiellement tirée des résultats de l'exploitation. (TA Besançon 26/11/2001, société Gesclub, AJDA 2002 p.388).

§4 : les contrats innomés ou complexes.

Les personnes publiques ont toute liberté pour conclure un autre type de contrat : elles peuvent inventer d'autres montages contractuels.

§5 : l'exclusion de la gérance.

Elle n'est plus considérée comme une délégation mais comme un marché (CE 07/04/1999, commune de Guilherand-granges, AJDA 1999 p.517). le gérant reçoit un prix de la personne publique, sa rémunération n'est pas substantiellement tirée du résultat de l'exploitation.

Ex : dans cet arrêt, le gérant du service de l'eau voyait sa rémunération comporter une part fixe et une part variable déterminée en fonction du volume d'eau distribué. Or, le juge décide que ce n'est pas une DSP car le gérant ne prend pas de risques : la clientèle est captive.

La passation des conventions de délégation en droit interne.

§1 : la procédure.

La loi du 29/01/1993 a imposé aux collectivités, à leurs groupements et à leurs EP, le respect d'une procédure de DSP : art L1411-1 et s. et R1411-1 et s. CGCT.

Cette procédure a pour but de permettre la présentation de plusieurs offres concurrentes mais la CT reste libre de son choix final, l'intuitus personae subsiste.

- la procédure commence par une délibération de l'organe délibérant sur le principe de la délégation. L'assemblée se prononce au vu d'un rapport et après l'avis de la commission consultative des SP locaux : art L1413-1 et L1411-4.
- Puis une publicité d'appel de candidatures est faite dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales **et** dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. La publicité présente les caractéristiques essentielles de la convention, fixe la date limite du dépôt de candidature et les modalités de la présentation des offres de candidatures.
- Les plis sont ouverts par une commission composée par l'autorité compétente pour signer la convention ou son représentant et par 5 membres de l'assemblée délibérante (3 seulement pour les communes de moins de 3500 habitants) élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste. Des suppléants sont également élus. De plus, le comptable de la CT et un représentant du ministre chargé de la concurrence assistent aux réunions avec voix consultatives.
- La commission examine les candidatures. Elle dresse elle-même la liste des candidats qui peuvent être retenus eu égard à leurs garanties professionnelles et financières et à leur aptitude à assurer la continuité du SP et l'égalité des usagers devant le SP (Loi du 11/12/2001 qui modifie l'article L1411-1). Les candidats doivent être également en règle en ce qui concerne leurs obligations sociales et fiscales (D31/05/1997 et arrêté du 30/10/1997). La loi du 02/01/2002 relative à la modernisation du statut des SEM locales a opéré un ajout à l'art L1411-1 : « 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 ». Ces dispositions sont très intéressantes pour les SEM soumises elles aussi à concurrence qui sont spécialement créées pour gérer le SP en question mais qui n'ont pas d'expérience professionnelle et qui étaient donc gérées par l'exigence de garanties professionnelles.
- Il est impossible de restreindre le nombre de candidats admis à présenter une offre. Seuls les motifs légaux doivent être pris en compte.
- L'autorité exécutive adresse aux candidats retenus un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a

lieu, les conditions de tarifications du service rendu à l'utilisateur. Les candidats font alors leur offre définitive, la commission est consultée sur ces offres puis l'autorité compétente engage librement toute discussion utile avec ceux qui ont présenté une offre et fait, au moins deux mois après l'avis de la commission (art L1411-7), une proposition de délibération à l'organe délibérant sur le projet de convention. L'assemblée doit recevoir les documents au moins 15 jours avant la délibération. L'exécutif présente à l'assemblée le rapport de la commission indiquant les motifs du choix de l'entreprise candidate et l'économie générale du contrat. La délibération approuvant la convention est transmise au préfet avant la conclusion du contrat car elle doit avoir acquis un caractère exécutoire) puis elle est publiée. De plus, elle doit faire l'objet d'une insertion dans une publication locale. La convention est également transmise au préfet. Il peut demander l'avis de la CRC sur celle-ci.(art L1411-18 et R1411-6) mais aucun délai n'est fixé et cette consultation peut avoir lieu hors du délai du déféré.

§2 : les exceptions à la mise en concurrence.

Les dispositions précitées ne s'appliquent pas toujours. Selon l'article L1411-12, elles ne s'appliquent pas quand la loi institue un monopole au profit d'une entreprise (EDF-GDF) ou quand le SP est confié à un EP si l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'EP. De plus, selon M. Savoie, commissaire du gouvernement, l'activité prévue dans les statuts des EP doit être une activité obligatoire (conclusions sur CE 20/05/1998, communauté de communes de Piémont de Barr doc.12).

Les dispositions de «mise en concurrence ne s'appliquent pas non plus quand le montant de sommes dues par le délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106000 euros HT ou que la convention couvre une durée non supérieure à 3 ans et porte sur un montant n'excédant pas 68000 euros HT par an. Toutefois, dans ces deux cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable (art R1411-2). Il faut une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales **ou** une insertion dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. L'insertion précise le délai de présentation des offres.

§3 : la champ d'application de la « mise en concurrence ».

Ce champ est très large.

- les SEM : sont soumises à la même procédure dans le cas où l'exploitation du SP est faite par délégation (CC 20/01/1993). Cette solution est ridicule car la personne publique délégante détient directement ou indirectement la majorité du capital et crée la SEM pour gérer le SP. Cette solution va à l'encontre des objectifs de transparence de la loi SAPIN.
- Les personnes publiques : les délégations entre personnes publiques sont également soumises à la même procédure (CE 16/10/2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau et l'avis du CE 8/11/2000, St Jean Louis Bernard consultant, doc.8 et 8 bis). Une collectivité peut confier la délégation d'un SP à une autre collectivité après « mise en concurrence » or, il n'est nullement exclu que les communes puissent ainsi gérer quelques SP

départementaux ou régionaux ou d'un EPCI s'ils sont situés sur leur territoire.

La gestion du SP doit correspondre à l'intérêt public local du délégataire.

Attention ! tout contrat entre CT sur la gestion d'un SP n'est pas forcément soumis à concurrence. En sont exclus les contrats de coopération locale tels que la mise à disposition et la régie intercommunale. Il en va de même pour toutes les conventions que la loi prévoit entre CT (la commune peut gérer l'aide sociale du département suite à une délégation donnée par le département).

Les personnes privées ne peuvent être candidates à de tels contrats puisque la loi précise que le prestataire du SP est une CT. (Sous réserve de ce que peut dire le droit communautaire).

§4 : l'intuitue personae.

Le choix du délégataire est libre. Un contrôle du juge reste cependant possible : avant la loi du 29/01/1993, le juge contrôlait que le choix ne procède pas de motifs étrangers à l'intérêt du service. Désormais, son contrôle est un peu plus large car l'article L1411-1 lui ouvre quelques possibilités de contrôle en fixant certains motifs pour le choix du délégataire : le juge accepte alors de faire le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il peut vérifier si la CT n'a pas très mal apprécié les qualités du délégataire au regard des motifs figurants dans la loi (doc.7).

Ces motifs légaux sont :

- garanties professionnelles et financières.
- aptitude à assurer la continuité du SP et l'égalité des usagers devant le SP.

Le contenu des contrats.

Diverses obligations pèsent sur le délégataire, notamment la production d'un rapport annuel au délégant : art L1411-3 et R1411-7 du décret du 14/03/2005 qui fixe enfin le contenu du rapport annuel (beaucoup de données comptables). De plus, pèse sur le délégataire une obligation de transparence car l'article L1411-13 et suivants oblige la collectivité à communiquer au public les documents que le délégataire est tenu de fournir.

§1 : Règles concernant les versements financiers du délégataire.

Ce sont les droits d'entrée et les redevances.

Art L1411-2 : les montants et les modes de calculs des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la CT délégante doivent être justifiés dans les conventions.

Le versement par le délégataire de droits d'entrée est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

Le même article prévoit que le délégataire ne peut prendre à sa charge l'exécution du service ou le paiement étrangers à l'objet de la délégation. Il est admis que le délégataire peut verser au délégant les paiements pour l'occupation du domaine public par exemple, pour prendre à sa charge les annuités d'emprunts des investissements ou pour le contrôle (doc.10) : le juge vérifie que les sommes sont bien en relation avec les prestations fournies par la collectivité publique.

De tels versements sont-ils interdits au délégataire de l'eau, de l'assainissement, des déchets ?

Non. La loi distingue redevance et droit d'entrée et n'interdit à de tels délégataires que le versement de droits d'entrée c'est-à-dire de verser d'un bloc des sommes dès la signature du contrat. Ils paient au fur et à mesure que la prestation leur sera fournie par la personne publique.

Car : problème de concurrence : danger de captation par les puissances financières dans ces secteurs (Suez, Véolia et la Sor).

§2 : Règles concernant la durée du contrat.

A – dispositions législatives : art L1411-2

La durée doit être limitée.

- 1) règles concernant l'ensemble des délégations.

La durée du contrat est fonction des prestations demandées au délégataire. La prolongation du contrat est possible pour un an pour des motifs d'intérêt général après un vote de l'assemblée délibérante.

- 2) règles spécifiques aux concessions de SP et travaux publics.

Quand les installations sont à la charge du délégataire, la durée tient compte de l'investissement à réaliser et ne peut dépasser la durée normale d'amortissement : respect du principe de libre administration des collectivités territoriales.

La prolongation est possible quand d'autres investissements s'avèrent nécessaires et qu'ils ne pourraient être amortis pendant la durée restante à courir sans une hausse excessive des prix. Pour ça, vote positif de l'assemblée délibérante.

RQ : elle est également possible pour intérêt général (cf.1))

3) règles propres à certains SP.

Pour l'eau, l'assainissement, les ordures ménagères et autres déchets, les délégations ne peuvent avoir une durée supérieure à 20 ans s'il n'y a pas eu un examen préalable par le TPG des raisons de ces dépassements.

Les conclusions de l'examen du TPG sont communiquées aux membres de l'assemblée avant toute délibération sur la délégation.

C'est un simple avis mais l'exécutif devra convaincre l'assemblée si l'avis n'est pas suivi.

B – la jurisprudence.

1) le respect de l'article L1411-2.

Les juges peuvent contrôler le respect de cet article. Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée des délégations .notamment car le conseil constitutionnel a estimé que la li laissait un pouvoir d'appréciation suffisant aux CT.

L'erreur manifeste est appréciée par rapport aux prestations demandées au délégataire car c'est le motif légal qui apparaît à L1411-2.

TA Lille, 23/02/1995, préfet du Nord, RFDA 1996 p.427.

2) le respect du droit de la concurrence.

Les juges peuvent contrôler que le contrat ne viole pas les dispositions du code du commerce : art L410-1 et suivants ni le droit communautaire de la concurrence.

Il vérifie que la durée du contrat ne place pas le délégataire en situation d'abus automatique de position dominante. CE, 03/11/1997, St Million Marais : annule pour violation par un acte contractuel administratif du droit de la concurrence. (doc.9)

Il y a abus s'il y a dépassement quelconque d'une durée normale.

Attention : ça ne concerne que les entreprises en position dominante.

4^{ème} dossier : la passation des contrats de service public en droit communautaire.

Il s'agit des contrats confiant la gestion d'un service public. Il peut s'agir en droit interne d'une délégation de service public ou d'un marché public ce qui correspond généralement en droit communautaire aux notions de concession (soit de travaux publics soit de services) et de marché public.

La directive 2004-18-CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, de travaux, fournitures et de services régit seulement les marchés publics et les concessions de travaux publics supérieurs à un certain seuil. Dans tous les cas, le principe de non discrimination du traité CE joue et même les concessions de services doivent respecter certaines règles du traité précisé par la jurisprudence.

Les concessions de travaux publics

L'article 11 de la loi du 03/01/1991 transpose une partie de la directive MP. Cet article dispose que les CT qui passent des contrats de travaux doivent procéder à des mesures de publicité quand la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage et quand le montant du contrat atteint un seuil correspondant à 5,9 millions d'euros HT. L'entrepreneur réalise les travaux et se rémunère par le droit d'exploiter l'ouvrage ou par ce droit accompagné d'un prix versé par l'administration. L'administration doit alors procéder à des mesures de publicité détaillées au décret du 31/03/1992. une telle obligation est susceptible de concerner les concessions de SP et de travaux publics ainsi que les BEA s'ils s'accompagnent d'une DSP. CE ass, 10/06/1994, commune de Cabourg (doc. 4).

De tels contrats sont des concessions de travaux publics si le volet travaux l'emporte sur l'aspect gestion du SP. La CJCE a décidé que le droit de concession de travaux publics s'applique quand l'exploitation du service est l'accessoire de la réalisation des travaux. (CJCE 19/04/1994, gestion hôtelière internationale c/ communauté autonome des Canaries). L'objet essentiel du contrat doit être la réalisation des travaux.

Si le cocontractant tire de façon substantielle sa rémunération des résultats de l'exploitation car s'il y a DSP en droit interne, il faut cumuler la procédure communautaire et la procédure de droit interne concernant la DSP.

L'article 2 du décret du 31/03/1992 précise d'ailleurs que la publication sur la plan national quand elle s'avère nécessaire ne peut être antérieure à l'envoi de l'avis à l'office des publications de l'UE et ne peut fournir de renseignements autres que ceux qui sont publiés au

J.O.U.E. La même publication sera donc faite et comportera tout ce qui est exigé par le droit interne et le droit communautaire.

Le concessionnaire de travaux publics est lui-même soumis à des obligations de publicité par Loi 03/01/1991 s'il fait faire les travaux et ne les exécute pas lui-même et si le montant des travaux excède 5,9 millions d'euros (art 11 L 03/01/1992). Les mesures qui s'appliquent à lui sont fixées par le décret du 31/03/1992.

Attention : si le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur, il doit passer des marchés publics de travaux avec toutes les contraintes qui vont avec.

La jurisprudence Telaustria risque de s'appliquer avant d'atteindre le seuil de 5,9 millions d'euros.

Les concessions de services et les marchés de services

§1 : distinction marchés de services et concession de services.

Un contrat qui confie la gestion d'un SP peut être un marché de services ou une concession de services ce qui correspond souvent en droit interne à la distinction marché public et délégation de SP

En droit communautaire, la concession de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service soit dans ce droit assorti d'un prix. Art 1^{er} du §4 de la directive du 31/03/2004.

La commission estime que la concession existe quand l'opérateur supporte les risques liés au service en cause : c'est le **critère du risque d'exploitation** (cf. communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des MP du 12/04/2000, JO CE du 29/04/2000 p.2, gazette du 22/05/2000 p.66, RFDA 2000 p.2015).

L'avocat général, dans l'affaire Telaustria Verlags Gmbtt jugée par la CJCE le 07/12/2000 (doc.14) a proposé de considérer qu'il y avait concession quand une proportion significative de la rémunération du cocontractant doit être obtenue par l'exploitation du service et non par le concédant. Ceci montre la différence entre une concession et un marché où la rémunération est opérée par un prix et où il y a soumission aux règles de la directive marchés publics.

Il semble qu'il y a marché public de services en cas de gérance et parfois en cas de régie intéressée.

§2 : les règles des marchés de services.

Les marchés de services doivent respecter le CMP qui transpose la directive MP lorsqu'ils figurent sur la liste de l'article 29 du CMP. Ex : un marché de gérance qui confie la gestion d'un SP d'enlèvement des ordures. Ces marchés sont soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

L'article 30 du CMP prévoyait un régime allégé pour les autres services (ceux conclus avec un fort intuitu personae) : services sociaux et sanitaires, récréatifs (parcs, plages..), culturels, sportifs, d'éducation ainsi que les services de qualification et d'insertion professionnelle. Les deux seules obligations qui pesaient sur l'administration étaient : - la définition des prestations par rapport à de normes si elles existaient. – les marchés qui atteignaient 230000 euros HT devaient faire l'objet d'un avis d'attribution à l'office des publications de l'UE (simple info pour permettre à la commission de réfléchir à l'extension de règles contraignantes.

Mais, ces dispositions de l'article 30 ont été annulé par CE 23/02/2005, association pour la transparence et la neutralité des MP : le CMP ne peut dispenser de façon générale la passation

de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence car les principes rappelés à l'article 1^{er} du CMP doivent toujours être respectés.

§3 : les règles des concessions de services.

Sont exclues de la directive sur les MP mais la CJCE a soumis les concessions de services au respect des règles fondamentales du traité CE et du principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier. Ce principe implique notamment une obligation de transparence qui consiste pour le pouvoir adjudicateur à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle d'impartialité des procédures d'adjudication. CJCE 01/12/2000, Telaustria, AJDA 2001 p.106, note de L. Richeur.

L'expression « degré de publicité adéquat » est peu précise : l'avocat général, dans les conclusions sur cette affaire indiquait qu'une publicité n'était pas forcément une publication et que le pouvoir adjudicateur pouvait contacter des soumissionnaires éventuels dans quelques pays. Dans sa note, Richeur estimait que la France remplit ses obligations avec la loi Sapin car les soumissionnaires européens ont accès, s'ils le veulent, à ces publications. (mme Viel n'est pas convaincue).

On ne sait pas encore trop aujourd'hui la signification de cette expression.

Pour le savoir, on peut s'inspirer du nouveau CMP article 40 et de sa circulaire d'application du 08/01/2004 qui traite de la publicité adaptée nécessaire pour les marchés inférieurs à 90000 euros (publications, moyens audiovisuels...). C'est l'administration qui choisit la publicité adaptée au marché, elle doit être suffisante pour que soit assurée une concurrence effective.

Les opérateurs de réseaux.

Une directive particulière existe pour les marchés passés par les opérateurs des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (directive du 31/03/2004).

Elle ne concerne que les marchés passés par les opérateurs : ils peuvent être des CT ou leurs délégataires. Elle ne s'applique pas aux marchés publics ou aux concessions de services par lesquels un SP serait confié à ces opérateurs. Elle ne concerne pas non plus les concessions de travaux publics dans ces secteurs : dans ces cas les règles ordinaires s'appliquent.

La directive s'applique par exemple pour les marchés des délégataires des services d'eau ou de tramway : ils doivent respecter des règles de publicité et de mise en concurrence :

- pour les personnes publiques : le CMP transpose pour elles les règles communautaires concernant les opérateurs de réseaux.
- Pour les personnes privées : la loi du 11/12/1992 transpose pour elles la directive.

5^{ème} dossier : la SEM locale, un mode de gestion des SP locaux.

Mode de gestion possible du SP local (doc.2) : les actionnaires de la SEM, quand il s'agit des CT ne peuvent être que ceux dont les compétences sont exercées par la SEM : elles ne peuvent agir que sur le territoire des CT actionnaires ou délégantes. Les SEM sont soumises au respect de la liberté du commerce et de l'industrie comme les CT.

Les SEM sont traitées dans les articles L1521-1 et s. Leur capital est détenu majoritairement (au moins 50%) par les CT et/ou leurs groupements.

Les autres actionnaires doivent avoir au moins 15% du capital et il doit y avoir au moins un actionnaire privé : loi du 02/01/2002 tend à moderniser le statut des SEM et fait passer le plafond du capital détenu par les personnes publiques locales de 80 à 85%.

Ces SEM sont des sociétés commerciales de droit privé. Elles sont créées par les CT et/ou leurs groupements dans le cadre des compétences qui sont reconnues aux collectivités. Elles sont créées pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction pour exploiter des SPIC ou pour toute autre activité d'intérêt général. Les articles L1523-1 et s. précisent les conditions des conventions d'aménagement passées avec les CT.