

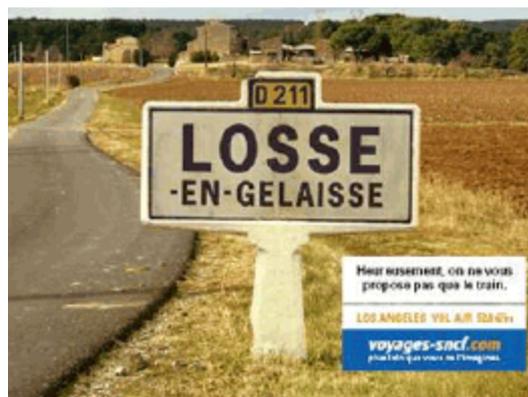
**DROIT ADMINISTRATIF**

Jean-François Brisson, Professeur.  
Licence 2, droit, Série 2  
Année universitaire 2018-2019

**Les modes de gestion des services publics**

*Séance de travaux dirigés n°5*

**Cas pratique : L'été sera chaud à L.A.**



Nouvellement élu, Gérard Menvussa, le maire de la Commune de Losse en Gelaisse souhaite avoir une politique dynamique de développement des services publics et vous consulte les modalités juridiques de gestion des activités de service public dans la commune.

1. Tout d'abord, Le maire vous s'interroge sur la possibilité de créer un camping municipal. Plus précisément, il aimerait savoir dans quelle mesure une telle création est envisageable dès lors qu'il existe déjà dans les communes avoisinantes plusieurs campings privés.

Le projet de camping municipal inclurait un centre d'animation touristique unique dans la région. Cette information est-elle susceptible d'influer sur le sens donné à votre réponse ?

2. Le maire envisage de confier la gestion de ce camping municipal à une entreprise privée. Est-ce possible ?

Le maire a déjà pris contact à cet effet avec Holly Wood, la présidente de la Société L.A. vacances et services.

Qu'en pensez-vous ?

Un projet de contrat a été rédigé par la Société L.A.Vacances et services. Il prévoit que les déficits d'exploitation du camping seront à la charge de la Commune s'ils excèdent 5 % du chiffre d'affaires de l'activité.

Est-ce légal ? Cela pourrait-il avoir une incidence sur la nature du contrat.

A défaut, la création par le conseil municipal d'une structure publique dédiée mais autonome par rapport à la Commune vous paraît-elle possible ?

Alain Paul Hocale, le directeur général des services, propose quant à lui de créer une association de droit privé dont le maire assurera la présidence pour gérer le camping afin d'éviter à la fois les obligations de mise en concurrence et les contraintes de la gestion publique. Que pensez-vous du bien-fondé de cette proposition ?

3. Le projet est très avancé. Le terrain a été choisi. Les plans prévoient que le camping sera traversé par une voie ouverte à la circulation générale. Le Maire envisage de confier la surveillance de la voie à l'entreprise gestionnaire du camping. Est-ce possible ?

4. A la recherche d'économies, le maire envisage maintenant sur les conseils de son premier adjoint, Jean-Eymard de Métais Auxhexame, de réduire les activités prises en charge par la commune

Ainsi il souhaite ne plus procéder à la collecte de porte à porte des ordures ménagères sur l'ensemble du territoire de la commune. Les habitants seront invités à se rendre par eux-mêmes au centre municipal de traitement des déchets ménagers.

Est-ce possible ?

Pire, à la suite d'une soirée particulièrement arrosée, le maire a pris la décision de fermer les stations de collecte des eaux usées dont la commune n'a plus les moyens d'assurer l'entretien.

Qu'en pensez-vous ? Existe-t-il d'autres pistes de réflexion pour que la commune n'est plus à gérer directement ce service ?

Afin de vous aider à répondre à ces questions, le Maire a fait préparer par un jeune stagiaire un dossier documentaire. Pris par le temps, celui-ci vous propose quelques arrêts récents dont il n'est pas toujours sûr de la pertinence et le résultat d'une consultation rapide sur internet. Il regrette en particulier d'avoir égaré son GAJA.

## **Documents :**

### **I- Références textuelles**

- Art. L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (art.1 et art.5)

- Décret no 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie Réglementaire du code général des collectivités territoriales (extraits)

## **II. Doctrine**

- DOUENCE, Jean-Claude, « Les modes de gestion des services publics », note sous Conseil d'Etat, sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, RFDA 2007, p.821,

## **III. Jurisprudence**

- Conseil d'Etat, sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence
- Conseil d'Etat, ass., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary
- Conseil d'Etat, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris
- Conseil d'Etat, 7 novembre 2008, Département de la Vendée
- Conseil d'Etat, 3 mars 2010, Département de la Corrèze
- Conseil d'Etat 25 mai 2018 Commune de Saint Thibault des vignes.

## **IV Documents annexés**

- Conseil d'Etat 27 novembre 2015 A. c/ Syndicat de communes du pays de Bitche
- Vie publique. fr, Le service public local de l'eau potable et de l'assainissement

## **Document n°1 Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales**

### **Article L1411-1**

Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'[ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016](#) relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public.

## **Document n°2 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (art.1 et art.5)**

### **Article 1**

I. - Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

**Document n°3 Décret no 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie Réglementaire du code général des collectivités territoriales (extraits)**

(...)

« Chapitre Ier, « Régies municipales

« Création de la régie

« Art. R. 2221-1. - La délibération par laquelle le conseil municipal décide de la création d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ou d'une régie dotée de la seule autonomie financière fixe les statuts et le montant de la dotation initiale de la régie.

« Sous-section 2

« Organisation administrative

« Art. R. 2221-2. - La régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière est administrée par un conseil d'administration et son président ainsi qu'un directeur.

« Art. R. 2221-3. - La régie dotée de la seule autonomie financière est administrée, sous l'autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur.

« Un même conseil d'exploitation ou un même directeur peut être chargé de l'administration ou de la direction de plusieurs régies.

« Art. R. 2221-4. - Les statuts fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation et les modalités de quorum.

« S'agissant des membres du conseil d'administration et du conseil d'exploitation, les statuts fixent notamment :

« 1o Leur nombre qui ne peut être inférieur à trois ;

« 2o Les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisis ceux d'entre eux n'appartenant pas au conseil municipal ;

« 3o La durée de leurs fonctions ainsi que la durée du mandat du président et du ou des vice-présidents. Ces durées ne peuvent excéder celle du mandat municipal ;

« 4o Leur mode de renouvellement.

« Art. R. 2221-5. - Les membres du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation sont désignés par le conseil municipal, sur proposition du maire.

« Il est mis fin à leurs fonctions dans les mêmes formes.

« Art. R. 2221-6. - Les représentants de la commune doivent détenir la majorité des sièges du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation.

« Art. R. 2221-7. - Les membres du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation doivent jouir de leurs droits civils et politiques.

[...]

« Art. R. 2221-9. - Le conseil d'administration ou le conseil d'exploitation élit, en son sein, son président et un ou plusieurs vice-présidents.

« Le conseil d'administration ou le conseil d'exploitation se réunit au moins tous les trois mois sur convocation de son président.

« Il est en outre réuni chaque fois que le président le juge utile, ou sur la demande du préfet ou de la majorité de ses membres.

« L'ordre du jour est arrêté par le président.

« Les séances du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation ne sont pas publiques.

« En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

« Le directeur assiste aux séances avec voix consultative sauf lorsqu'il est personnellement concerné par l'affaire en discussion.

#### **Document n° 4 CE, sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence**

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

Considérant qu'après avoir relevé que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence s'était vu confier une mission de service public, la cour, pour annuler les délibérations litigieuses, a jugé qu'une association ne pouvait exercer une telle mission et bénéficier à ce titre d'une subvention que si elle était liée à une personne publique par un contrat de délégation de service public conclu soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service

public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en jugeant qu'une association ne pouvait gérer un service public et bénéficier à ce titre d'une subvention qu'à la condition d'être titulaire d'un contrat de délégation de service public passé soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, sans rechercher si, pour l'une des raisons analysées ci-dessus, la passation d'un tel contrat pouvait ou devait être exclue, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que la COMMUNE D'AIX-EN-PROVENCE est fondée pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, à en demander l'annulation ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant d'une part que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme A..., le tribunal administratif de Marseille a suffisamment répondu aux moyens tirés de l'absence de convention de délégation de service public et de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant d'autre part qu'il ressort des pièces du dossier que l'Etat, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont créé en 1996 une association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, devenue en 1997 l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence ; que cette association a pour objet statutaire exclusif la programmation et l'organisation du festival international d'art lyrique et de l'académie européenne de musique ; qu'elle se compose de trois représentants de l'Etat, de quatre représentants des collectivités territoriales et de cinq personnalités qualifiées, dont une est nommée par le maire d'Aix-en-Provence et trois par le ministre chargé de la culture, ainsi que, le cas échéant, de membres actifs ou bienfaiteurs ou encore d'entreprises, dont la demande d'adhésion doit être agréée par le bureau et qui ne disposent pas de voix délibérative au sein de l'association ; que son conseil d'administration est composé de quinze membres, dont onze sont désignés par les collectivités publiques ; que les subventions versées par les collectivités publiques mentionnées ci-dessus représentent environ la moitié des ressources de l'association ; que celle-ci bénéficie en outre, de la part de la commune d'Aix-en-Provence, de différentes aides, comme la mise à disposition de locaux dans lesquels se déroule le festival et des garanties d'emprunt ;

Considérant que l'Etat, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel ; que, compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif ; que l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un

contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme A...ne peuvent, dès lors, utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant que la commune d'Aix-en-Provence pouvait accorder des subventions au service public culturel du festival international d'Aix-en-Provence ; que, contrairement à ce que soutiennent M. et MmeA..., les dispositions de l'article L. 2224-2 du code général des collectivités territoriales, qui limitent la possibilité pour une commune de prendre en charge dans son budget des dépenses d'un service public à caractère industriel et commercial, ne peuvent être utilement invoquées ; que la commune d'Aix-en-Provence n'a pas davantage méconnu les dispositions des articles L. 1511-1 et suivants du même code dès lors que celles-ci ont pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent apporter des aides à des entreprises et que l'association, dont l'activité exclusive est de gérer, à la demande des collectivités publiques qui l'ont créée et sous leur contrôle, le service public du festival international d'Aix-en-Provence, ne saurait être regardée comme une entreprise au sens de ces dispositions ;

**Document n°4-1 -DOUENCE, Jean-Claude, « Les modes de gestion des services publics », RFDA 2007, p.821**

Ce que l'on appelle communément la théorie des modes de gestion des services publics n'est bien souvent qu'une simple présentation des principales solutions législatives ou jurisprudentielles en la matière. Ces solutions elles-mêmes résultent de la sédimentation d'apports successifs, d'inspiration et de contenu très variés(1).

Lorsqu'elle essaie de systématiser, la doctrine adopte en général une présentation tripartite qui distingue la gestion en régie directe, la concession de service public et le procédé de l'établissement public. Depuis 1993, s'ajoute l'analyse de la loi Sapin et du régime des contrats de délégation de service public (plus ou moins assimilés aux concessions). Cette présentation, qui remonte aux origines du droit administratif classique, n'est guère satisfaisante car elle distingue les deux modes de gestion déléguée selon des critères différents ; la concession s'identifie par la nature de l'acte qui confie la gestion du service à un tiers alors que l'établissement public est un des types de personnes susceptibles de recevoir délégation ; ce défaut logique devient réhibitoire depuis que se sont multipliées les hypothèses concrètes de personnes privées titulaires de délégations unilatérales d'une part et d'établissements publics concessionnaires d'autre part.

Georges Vedel avait apporté une clarification importante en distinguant la gestion indirecte ou déléguée selon deux questions : qui est destinataire de la délégation (le clivage fondamental de notre système juridique opposant personnes privées et personnes publiques) ? Quel est l'instrument juridique qui réalise cette délégation (ici le clivage oppose actes unilatéraux et actes contractuels) ? Il résulte de cette analyse un tableau à double entrée identifiant quatre situations principales, toutes vérifiées en droit positif(2). Cette présentation, tout à fait rigoureuse sur le plan théorique, n'a pu évidemment prendre en compte les développements du droit positif à la suite de la loi du 29 janvier 1993.

Il faut donc se réjouir de ce que la Section du contentieux, « aiguillonnée par sa 3e sous-section », selon la formule des commentateurs autorisés de sa jurisprudence(3), ait voulu dépasser le cas d'espèce pour le situer dans le cadre d'une présentation générale.

Dans le litige qui lui est soumis, le juge de cassation annule pour erreur de droit l'arrêt d'appel selon lequel la commune d'Aix-en-Provence ne pouvait allouer de subventions à l'association gérant le festival international d'art lyrique sans conclure avec elle de convention portant délégation de service public(4). Puis il règle l'affaire au fond. Pour l'essentiel, il confirme que le festival est un service public culturel à caractère administratif mais il tranche que l'association à laquelle l'Etat, la région, le département et la commune ont confié la gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet et du contrôle qui s'exerce sur elle, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le

cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public de service. La solution se coule parfaitement dans l'une des hypothèses dégagées dans les considérants de principe et l'analyse des faits est clairement présentée dans l'arrêt lui-même et dans les conclusions de François Seners, publiées ci-dessus.

Les observations qui suivent n'ont donc pas pour objet de commenter la solution concrète donnée au litige. Elles s'attachent plutôt à son cadre de référence, c'est-à-dire à la théorie du service public qui, explicitement ou non, inspira le « tableau d'ensemble des diverses modalités de gestion du service public »<sup>(5)</sup> présenté dans l'arrêt.

Une présentation plus abstraite que contentieuse de ce tableau montre que le Conseil a abordé deux problèmes distincts. Il distingue en premier lieu les services publics placés sous la responsabilité d'une collectivité publique et ceux qui relèvent d'une initiative privée, mais ce problème est très en amont du litige concret. Il délimite ensuite les hypothèses de services publics en gestion directe et en gestion déléguée, ce qui conduit à la solution du cas d'espèce.

Service public sous responsabilité publique ou d'initiative privée ?

Nul ne peut s'étonner qu'une collectivité publique soit responsable d'un service public. Cette situation est si ordinaire qu'elle n'attire plus l'attention et que le Conseil d'Etat ne juge pas utile de s'y attarder. Par contre, qu'un service public puisse provenir d'une initiative privée, voilà qui n'est pas banal ! Fort d'un précédent donné par l'avis d'une section administrative, le Conseil d'Etat consacre un considérant entier à cette hypothèse qui n'a pourtant aucune incidence sur le règlement du litige. Il convient donc de l'examiner avec attention, ne serait-ce que pour faire ressortir, par contraste, les caractéristiques de la responsabilité publique qui commandent ensuite les modalités de la gestion.

Le service public d'initiative privée

Que des personnes privées entreprennent spontanément des activités présentant un caractère d'intérêt général est incontestable et incontesté. Que ces activités puissent bénéficier d'aides publiques diverses, et notamment de subventions, ne l'est pas moins, d'autant que c'est précisément l'existence de cet intérêt général qui justifie l'octroi de l'aide. Concrètement, la convention de subventionnement, telle qu'elle est exigée par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration (DCRA), ne doit-elle pas être requalifiée de contrat de délégation de service public ? Incidemment, la Cour de Marseille avait analysé le litige en ces termes, mais le Conseil d'Etat a une autre approche et ne traite que l'aspect théorique de la question.

Dans l'ensemble, la doctrine néglige le problème et ne s'attache qu'à la création du service public par une personne publique. Pourtant une étude déjà ancienne montre que si l'habilitation préalable des personnes privées à gérer le service public s'impose dès qu'elle s'accompagne de l'octroi de prérogatives de puissance publique, elle n'est pas la condition nécessaire de toutes les interventions privées dans le service public<sup>(6)</sup>.

Le problème ne devient aigu que lorsque les requalifications peuvent entraîner la nullité de conventions qui ont ignoré les obligations de transparence pesant sur les délégations et les marchés, c'est-à-dire dans les années quatre-vingt-dix. L'administration adopte alors un critère relativement clair : « Les conventions aux termes desquelles des associations reçoivent des subventions emportent simple association au service public dès lors que lesdites associations poursuivent pour leur compte une activité privée préexistante à l'intervention financière de la collectivité et qu'en contrepartie de cette aide, ces mêmes associations s'engagent à faire coïncider leur action avec les objectifs, contraintes et contrôles que leur impose la collectivité locale »<sup>(7)</sup>. Les premiers juges commencent à adopter la même analyse<sup>(8)</sup>.

Cette jurisprudence naissante s'appuie sur la notion d'association au service public que la législation avait mis en exergue dans plusieurs domaines : la loi du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés et, plus tard, la loi du 31 décembre 1970 relative au service

public hospitalier. Mais la formule peut être généralisée même si elle repose toujours sur un équilibre fragile : les personnes privées peuvent accepter d'orienter leur action en fonction des finalités d'intérêt général dont le service public est porteur en contrepartie de diverses aides et sans pour autant devenir gestionnaire du service(9).

Un avis du Conseil d'Etat apporte des éléments nouveaux à la problématique(10). La Section de l'Intérieur analyse la situation de l'association créée par Henri Langlois pour collecter, conserver, restaurer et présenter au public des films et des documents cinématographiques comme « la reconnaissance par l'Etat du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante ». Elle en conclut que « les missions en cause sont constitutives d'un service public culturel, nonobstant le fait que la Cinémathèque soit née d'une initiative privée », ce qui exclut toute idée de dévolution de la part de la puissance publique.

Selon ses commentateurs autorisés, la Section du contentieux reprend fidèlement ce raisonnement pour être complète (c'est le troisième considérant « théorique »), tout en admettant qu'une telle situation ne peut être que fort rare et, en tout état de cause, ne se rencontre pas en l'espèce.

L'avis sur la Cinémathèque aurait pu être vu comme traitant d'un cas hors norme : la notion d'association au service public était difficile à utiliser car, malgré l'intérêt général qui s'attache à l'action menée par l'association, l'Etat n'a pas institué en la matière un service public analogue à celui qui existe depuis des siècles pour le livre et l'imprimé (dépôt légal à la Bibliothèque nationale, lecture publique...). La carence de l'Etat empêchait la cinémathèque de s'associer à un service public.

Pourtant l'octroi de la qualification de service public à une activité d'initiative privée suscite plus de difficultés qu'elle n'en résout. Le droit de regard de la personne publique ne peut être inhérent à l'existence du service public, sauf à ressusciter une théorie du service public virtuel reposant cette fois sur la seule volonté subjective de l'autorité publique. Sauf à nier toute distinction entre la sphère privée et la sphère publique, entre la société civile et l'Etat, ce droit de regard ne peut se fonder que sur l'accord des deux parties. C'est d'ailleurs ce qu'exprime très bien la notion d'association au service public.

D'autre part, la qualification de service public ne semble entraîner, par elle-même, aucune conséquence sur le régime juridique applicable à l'organisation et à l'action de la personne privée : cette dernière ne détient aucune prérogative ; elle ne prend pas de mesures réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, elle n'engage donc sa responsabilité que dans des termes de droit privé...

L'évolution historique peut finir par replacer une initiative privée sous la responsabilité publique. Ainsi le mouvement d'éducation populaire créé en 1944 par les maisons des jeunes et de la culture est devenu, après une génération d'interventions publiques, un service public d'animation culturelle(11). La même évolution semble s'esquisser pour la cinémathèque, créée en 1936. Mais ceci est une autre histoire.

#### Le service public sous responsabilité publique

Le Conseil d'Etat ne s'attarde pas sur une question qui lui paraît sans doute aller de soi. Pourtant sa présentation des divers modes de gestion du service public présuppose certains éléments qu'il admet implicitement. Les collectivités publiques, et elles seules, peuvent être responsables d'un service public. Parmi les pouvoirs qui sont liés à cette responsabilité figure la liberté de choix du mode de gestion du service.

En premier lieu, ce n'est certainement pas par hasard que le Conseil d'Etat emploie le terme de « collectivités publiques » et non celui de personnes publiques. Ce faisant, il se réfère à une notion couramment utilisée mais assez peu creusée. En réalité, c'est par confrontation avec les notions qui

l'englobent (personne publique), l'excluent (établissement public) ou s'en approchent (collectivité territoriale) que les contours de la collectivité publique sont à peu près cernés, en doctrine comme en jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, l'absence de définition consacrée ne semble pas gêner le juge qui se garde d'en proposer une. Mais l'arrière-plan conceptuel est bien celui d'un groupement humain doté de la personnalité juridique et d'une forme de droit public pour prendre en charge ses intérêts collectifs, titulaire par là-même de compétences et responsable des activités de service public correspondantes. En vis-à-vis, l'établissement public est aussi une personne morale de droit public mais sa personnalité n'est qu'un procédé de technique juridique pour remplir la mission de service public qui lui est confiée : en d'autres termes, il n'est qu'un mode de gestion d'un service public relevant d'une collectivité. Ces idées se sont progressivement banalisées, sans être vraiment systématisées, ni confrontées à toutes les catégories de personnes publiques que présente le droit positif (groupements de collectivités, établissements publics à caractère corporatif...).

En second lieu, l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence sous-entend que les collectivités publiques bénéficient en principe de la liberté de choix du mode de gestion d'un service public dont elles sont responsables, sous réserve de certaines restrictions légales. Il se borne à indiquer qu'elles « peuvent... confier sa gestion à un tiers » (3e cons.) et qu'elles « peuvent aussi décider d'en assumer directement la gestion » (4e cons.). Ces deux affirmations se combinant, consacrent la liberté de choix mais elles n'explicitent pas de principe général.

En réalité, l'arrêt tient pour acquise une solution déjà consacrée par la jurisprudence. Toutefois, le choix du mode de gestion n'est pas considéré comme une compétence spécifique mais comme un aspect du pouvoir réglementaire d'organisation du service public qui est reconnu aux autorités de la collectivité responsable du service.

En ce qui concerne l'Etat, le juge consacre le pouvoir réglementaire général d'organisation du chef de l'Etat depuis la fin du XIXe siècle, en se fondant sur la Constitution de 1875(12). Il transfère ce pouvoir au Premier ministre, avec l'article 37 de la Constitution de 1958.

Il est clair que ce pouvoir d'organisation englobe le choix du mode de gestion du service public. Ainsi un décret n° 96-481 du 31 mai 1996 créait et organisait un service public des bases de données juridiques ; il prévoyait notamment que la diffusion de ces bases était confiée à un concessionnaire, dont il définissait les obligations. Pour le juge, le décret « n'a pas d'autre objet que d'organiser le service public... » et « en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, il appartient au pouvoir réglementaire de fixer les modalités de l'organisation d'un service public de l'Etat, sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux matières ou principes réservés au législateur »(13).

L'évolution a été plus tardive pour les collectivités locales. Pendant longtemps le juge s'est borné à appliquer les multiples textes spécifiques qui régissent la matière ou à combler leurs lacunes par des solutions dispersées. L'idée de liberté locale a été lente à s'imposer. Plus précisément, le juge reconnaît depuis longtemps que l'article 61 de la loi de 1884 (devenu art. L. 2121-29 CGCT) fonde les « pouvoirs généraux » du conseil municipal. Mais ce n'est que récemment qu'il en dégage un pouvoir de création et d'organisation des services publics locaux, englobant le choix du mode de gestion. En fait, l'affirmation n'est explicite qu'avec deux arrêts de 1995(14). Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle fonde l'articulation de la compétence législative et de la compétence locale sur les dispositions de l'article 72, source du principe de libre administration des collectivités territoriales.

A contrario, les personnes publiques qui ne sont pas des collectivités, c'est-à-dire les personnes à caractère fondatif, comme les établissements publics ou les groupements d'intérêt public, ne se voient pas reconnaître le bénéfice de cette liberté de choix. Plusieurs avis du Conseil d'Etat soulignent qu'un établissement public ne saurait déléguer à un tiers la mission qui lui a été confiée, ou du moins ses éléments essentiels(15). La solution est une conséquence logique de la spécialité d'affectation qui

caractérise ces personnes : elles ont reçu une mission qu'elles doivent remplir comme elle leur a été assignée.

Service public en gestion directe ou en gestion déléguée ?

Ainsi le Conseil d'Etat n'a pas cru devoir rappeler explicitement la nature et le fondement des compétences dont il va décrire l'exercice. Il est vrai qu'il n'a pas à faire « d'arrêts de règlement », même en prenant cette expression dans son sens métaphorique de norme jurisprudentielle de portée générale et abstraite. L'essentiel de son propos est de présenter aussi fidèlement que possible les divers modes de gestion du service public, en les répartissant de façon classique entre la gestion directe et la gestion déléguée.

La gestion directe du service public

La motivation de l'arrêt présente la gestion directe comme un second choix, l'adverbe « aussi » semblant indiquer une possibilité supplémentaire. Cette présentation s'explique peut-être par la démarche suivie pour parvenir à la solution du litige. Elle n'en est pas moins déconcertante sur le plan théorique.

La gestion directe est en effet le mode de gestion primordial, celui qui n'a pas besoin d'être choisi mais qui s'impose dès lors qu'un autre n'est pas expressément adopté. Concrètement, un même acte, par exemple une délibération du conseil municipal, peut englober la décision de créer un service public, le choix de la gestion en régie et la détermination des principales règles d'organisation, alors que ces différentes phases de l'opération doivent être séparées lorsqu'un autre mode de gestion est choisi. C'est l'une des raisons pour laquelle il a été longtemps difficile d'identifier et de distinguer la compétence pour créer des services publics et la compétence pour les organiser, alors même qu'elles relèvent de régimes sensiblement différents.

L'évolution contemporaine du droit positif a même renforcé ce caractère primordial de la gestion en régie. La gestion déléguée a été assujettie par principe à des procédures de passation visant à assurer la transparence par des règles de publicité et de mise en concurrence. Rien de tel n'a été prévu pour la gestion en régie directe en droit français et le droit communautaire n'a pas formulé d'exigences en ce sens (voir ci-dessous). Par conséquent, le choix de la gestion directe n'est soumis à aucune formalité spécifique et n'a pas à être justifié sur le fond, ce qui tranche beaucoup avec les autres modes de gestion et peut être considéré comme un avantage appréciable pour l'autorité chargée de procéder au choix.

Une autre particularité de la gestion directe est rarement souligné : le domaine matériel du service public en régie est sensiblement plus large que celui du service public délégué. C'est une conséquence logique de la jurisprudence Unipain (16) : une collectivité publique peut satisfaire par ses propres moyens aux besoins de ses services, sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'il n'y a pas intervention sur un marché ; les activités qu'elle prend ainsi en charge sont considérées comme des services publics, en raison du lien organique que représente la gestion directe. Mais si la collectivité choisit d'externaliser l'activité, cette dernière perdra le plus souvent son caractère de service public. L'arrêt du 6 janvier 1995, Ville de Paris (17), le montre clairement : lorsqu'elle décide de fermer son imprimerie municipale, la ville de Paris choisit de faire appel au secteur privé en passant des marchés de fournitures pour satisfaire les besoins de ses services, sans que le cocontractant participe à l'exécution même d'un service public. La même analyse vaut pour l'autre arrêt du même jour : les contrats de nettoyage des locaux administratifs que le département de la Moselle passe avec des entreprises privées après avoir licencié les agents qui remplissaient cette tâche, n'ont plus aucun lien avec un service public. Le recours à la gestion déléguée est exclu si l'objet de l'activité relève de l'initiative privée en vertu des principes applicables à la matière.

Classiquement, la gestion en régie directe se définit comme la prise en charge directe de l'activité de service public par la collectivité publique compétente avec ses propres moyens financiers, humains et

matériels. Son critère repose sur l'absence de personnalité juridique distincte de l'organisme chargé de la gestion du service.

La précision est importante car il existe une tendance à l'individualisation des services en régie directe qui résultent de leur hétérogénéité : spécialisation fonctionnelle, individualisation comptable et financière, solidarité corporative des agents, participation des usagers... concourent à mettre en cause le principe d'unité caractéristique de ce mode de gestion. Mais les multiples assouplissements que connaît le droit positif ne doivent en principe pas aller jusqu'à l'octroi d'une personnalité juridique distincte à l'organisme gestionnaire.

Les régies locales dotées de la seule autonomie financière qu'évoque l'arrêt répondent parfaitement à cette définition et à ce critère. Il en existe bien d'autres exemples, des plus classiques (les départements ministériels) aux plus récents (les programmes et missions, avec leurs déclinaisons locales de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001). La même solution vaut pour les régies dotées de la personnalité juridique car leur qualification d'établissement public n'est qu'une fiction juridique. Mais leur classement parmi les procédés de gestion directe résulte déjà de la loi du 12 juillet 1999 (art. L. 1412-1 et s. CGCT). Mais là n'est pas l'essentiel.

L'apport le plus remarquable (et le plus remarqué) est la transcription de la jurisprudence communautaire issue de l'arrêt Teckal (18). Selon la Cour de Justice, un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de respecter les exigences de publicité et de mise en concurrence prévues par les directives relatives aux marchés ou par les règles fondamentales du traité relatif à la Communauté européenne si la collectivité exerce sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses services et si l'opérateur réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

La primauté du droit communautaire étant avérée, cette théorie des prestations in house ou, plus correctement, des prestations intégrées, ne pouvait qu'être reprise par le juge national. Il n'est donc pas surprenant que le Conseil d'Etat la formule en termes pratiquement identiques, sauf à la couler dans le moule du droit national. L'opération appelle pourtant plusieurs observations.

Le Conseil d'Etat se calque sur la jurisprudence communautaire dans ses derniers développements. Ainsi, lorsqu'il affirme qu'un même organisme peut être opérateur intégré pour plusieurs collectivités, il suit la voie ouverte par la Cour de Justice(19). Par contre, il ne prend pas position sur la situation d'une société d'économie mixte comportant un ou plusieurs actionnaires privés minoritaires car la position négative de la Cour de Justice dans l'affaire Stadt Halle est très rigoureuse pour la législation française relative aux sociétés d'économie mixte et reste controversée (c'est-à-dire qu'un assouplissement est ouvertement souhaité).

La jurisprudence communautaire repose sur l'idée qu'il n'y a pas de véritable contrat entre la collectivité et l'opérateur parce que le second n'a pas d'existence effective distincte de la première. En d'autres termes, il n'y a pas de véritable intervention sur un marché justifiant la mise en oeuvre des règles de publicité et de mise en concurrence. L'analyse des conditions se veut réaliste et centrée sur l'exigence de marché concurrentiel.

La perspective du droit national est sensiblement différente. L'objectif est ici de poser une règle d'organisation du service public (et non de régir une économie de marché). Cette règle remet en cause le critère habituellement admis de la gestion directe puisqu'elle fait entrer dans ce cadre des organismes auxquels est reconnue une personnalité juridique distincte de la collectivité. Ce critère était sans doute formel et parfois démenti par les faits mais il avait le mérite de la simplicité, ce qui est important pour la sécurité juridique. A tout le moins, il conviendra d'être extrêmement attentif à la rédaction des actes régissant éventuellement les relations entre collectivités et opérateurs : même s'il ne sont pas régis par la loi de 1993 ou le code des marchés publics, ces actes devraient néanmoins s'analyser comme des contrats, sauf dans l'hypothèse beaucoup plus rare d'une association transparente parce que purement fictive.

Une autre difficulté reste à surmonter. Pour le juge communautaire, les deux conditions d'application de la théorie des prestations intégrées posent des questions de fait à examiner au cas par cas. Le juge national pour sa part s'attache à la création de l'organisme de gestion par la collectivité et aux statuts dont il est doté. Mais peut-on vraiment englober sous une même rubrique la création d'un établissement public dont les statuts ont un caractère réglementaire exprimant le pouvoir d'organisation du service public et la création d'une personne de droit privé, association ou société, dont les statuts sont des contrats de droit privé quels que soient leurs auteurs ?

Il convient de rappeler que dans une configuration comparable, le Conseil Constitutionnel avait jugé que la loi de 1993 pouvait exclure de son champ d'application les entreprises détenant un monopole légal et les établissements publics dont les statuts mentionnent expressément l'activité déléguée, alors que la même exclusion ne pouvait s'appliquer aux sociétés dont le capital était majoritairement détenu par la collectivité délégante, notamment parce qu'elle ne pouvait se justifier par les caractéristiques propres des statuts des sociétés en cause(20).

En tout état de cause, ni le contrôle de la puissance publique ni la mission exclusive de service public ne peuvent résulter d'un acte de droit privé constitutif d'une personne privée. La mise en oeuvre du droit communautaire, largement indifférent à la distinction du droit privé et du droit public, peut ainsi conduire à occulter des principes fondamentaux du droit français. Pour éviter toute équivoque, la formulation de la jurisprudence devra être revue et marquer clairement que l'organisation du service public ne peut se fonder que sur un acte de droit public.

#### La gestion déléguée

Le Conseil d'Etat consacre tout un considérant à analyser les conditions dans lesquelles les collectivités publiques responsables d'un service public peuvent décider de confier sa gestion à un tiers. Le recours à un tiers est clairement présenté comme une possibilité de portée générale (sauf à spécifier des exceptions) et, à ce titre, il se présente comme la formule alternative à la gestion directe. Ce n'est nullement une innovation(21).

Par exception, il n'y a pas gestion déléguée mais gestion directe dans deux hypothèses succinctement évoquées.

La première résulte de l'énoncé même qui définit ce mode de gestion. La gestion du service est confiée à un tiers, mais encore faut-il qu'il s'agisse d'un tiers authentique. Si l'organisme gestionnaire même formellement doté de personnalité juridique est en réalité intégré dans la structure interne de la collectivité, il n'y a pas gestion déléguée mais gestion directe. Dans la rédaction de l'arrêt, la restriction n'apparaît qu'à la lecture du considérant suivant (voir ci-dessus). Elle n'est pourtant pas négligeable car elle couvre bon nombre d'établissements publics et de personnes de droit privé contrôlées par les collectivités publiques (« associations administratives », sociétés publiques...).

La seconde hypothèse est expresse mais à peine esquissée : la nature du service peut faire par elle-même obstacle à ce qu'il soit confié à un tiers. La formule renvoie à une jurisprudence qu'il n'est pas difficile d'identifier.

L'interdiction de déléguer des pouvoirs de police est classique dans la ligne d'une jurisprudence déjà ancienne(22). Pour autant ses limites restent assez floues(23).

Il semble que les services publics insusceptibles par nature d'être délégués sont ceux qui recouvrent la mise en oeuvre de certaines prérogatives de puissance publique (dont les pouvoirs de police sont l'archétype). Mais le Conseil d'Etat s'abstient délibérément de préciser la portée de l'exception pour conserver une totale liberté d'appréciation : la « nature » est une notion stable à contenu variable, pourrait-on dire en paraphrasant Georges Vedel.

Il faudrait ajouter que certains services publics, et non des moindres, sont insusceptibles d'être délégués par la volonté du législateur, c'est-à-dire en vertu d'une disposition législative spéciale. En effet lorsque le mode de gestion est fixé par la loi, cela signifie que ce n'est pas l'autorité administrative de la collectivité normalement compétente pour organiser le service public qui prend la décision, comme le suggère la rédaction de l'arrêt.

Mais plus que le champ couvert par la gestion déléguée, ce sont ses modalités de mise en oeuvre qui attirent l'attention. De prime abord, la réponse paraît simple : les collectivités publiques doivent en principe conclure avec un opérateur un contrat de délégation de service public ou un marché public de service, sous réserve d'exceptions spécifiées. C'est renvoyer aux deux modalités de dévolution reçues en droit positif et conformes aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le droit communautaire.

De même, les précisions apportées sur différentes hypothèses où le recours au contrat s'impose ne font que confirmer des solutions déjà acquises : l'indifférence au statut juridique de l'opérateur confirme que la délégation peut aussi bien être un établissement public ou une association qu'une société commerciale. L'indifférence aux liens unissant les deux parties (création par la collectivité, participation comme membre, associé ou actionnaire) serait plus claire si elle avait été simultanément assortie de sa limite qui n'apparaît que dans le considérant suivant, à savoir la théorie des prestations intégrées (voir ci-dessus).

En réalité, la réception des notions de droit communautaire par les structures administratives françaises conduit à un résultat assez complexe : lorsqu'une collectivité confie la gestion d'un service public à un établissement public qui lui est étroitement rattaché (comme par exemple une régie personnalisée), il s'agit d'un cas de gestion directe ; si au contraire l'établissement public ne dépend pas d'elle, il faut passer un contrat respectant les exigences d'égal accès des candidats et le principe de liberté de la concurrence. Le Conseil d'Etat l'a déjà indiqué dans un avis remarqué<sup>(24)</sup> mais, pour autant, le clivage n'est pas aisé à tracer.

Sous ces réserves, le contrat de délégation de service public et le marché public de service sont les procédés de droit commun permettant le recours à un tiers. Le rappel de la clause financière selon laquelle la rémunération du cocontractant doit être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service pour qu'il y ait délégation de service public atteste qu'aucune modification des rapports entre les deux procédés n'est pas envisagée. En réalité, le marché public est le procédé de droit commun puisqu'il n'est assorti d'aucune autre condition que celle tenant à l'objet (et notamment qu'il ne se caractérise pas par le paiement d'un prix malgré la lettre du code).

L'arrêt Cayzele <sup>(25)</sup> avait confirmé qu'un marché de prestations de service pouvait comporter des clauses ayant pour objet de réglementer l'exécution d'un service public par le cocontractant. L'arrêt Commune d'Aix-en-Provence précise qu'un tel marché comporte délégation de la gestion du service public au titulaire du marché. La solution est paradoxale car, par nature (en réalité, par son mode de rémunération), le marché n'établit pas de relations juridiques directes et personnelles entre le délégataire et l'usager du service ; par conséquent, l'usager ne peut normalement mettre en cause la responsabilité du service qu'en l'imputant à la collectivité délégante, comme si le service était en gestion directe.

La délégation contractuelle étant présentée comme le principe, quelle place reste-t-il pour la délégation unilatérale ? L'arrêt ne répond pas expressément à cette question mais fournit deux indications indirectes.

Tout d'abord, en considérant comme des hypothèses de gestion directe la fourniture de prestations intégrées par un organisme interne à la collectivité, même doté de la personnalité juridique, le juge requalifie des situations considérées jusque-là comme des cas de délégation unilatérale (cas de la régie personnalisée créée par la délibération du conseil municipal) (voir ci-dessus).

Ensuite, le juge réserve l'hypothèse où « un texte en dispose autrement ». Bien entendu, le texte peut créer une procédure spécifique de délégation contractuelle (ainsi des concessions d'aménagement prévus par la loi n° 2005-809 du 25 juillet 2005 et le décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006). Il peut également créer un régime d'habilitation unilatérale. Dans les deux cas, il s'agit d'une dérogation au droit commun et le texte doit être de valeur législative (rappelons que si la loi Sapin est bien une loi, le code des marchés est un décret pris sur habilitation législative). Si le texte concerne les collectivités territoriales, il affecte leur libre administration et doit donc être de valeur législative.

Enfin, le Conseil d'Etat ne précise pas (mais ce n'est pas son rôle, selon un commentaire officieux) que le texte doit satisfaire aux exigences communautaires de transparence. La solution va de soi depuis l'arrêt *Teleaustria* (26). Mais un « toilettage » des textes anciens ne serait sans doute pas inutile pour s'assurer de leur conventionnalité.

Que le recours à un tiers pour gérer le service public s'opère par un contrat de délégation, par un marché public, par un contrat spécifique ou par voie unilatérale, le point commun reste donc le respect des obligations de transparence pesant sur les pouvoirs adjudicateurs en vertu du droit communautaire, voire du principe d'égalité et des principes fondamentaux de la commande publique dégagés de la Constitution.

L'arrêt envisage pourtant une exception lorsque le tiers auquel la collectivité s'adresse ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel. La formule est énigmatique et ne s'appuie sur aucune jurisprudence explicite. On peut admettre que la dispense ne vise pas le recours au contrat en tant que tel mais les exigences auxquelles sont soumises les délégations et les marchés. La délégation peut être contractuelle ou unilatérale mais elle n'a pas à respecter de procédures de publicité et de mise en concurrence. La condition en est que le tiers ne soit pas un opérateur sur un marché concurrentiel, « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce ».

Deux lectures sont possibles. La première minimise l'exception. L'article 35 du code des marchés publics prévoit que des marchés peuvent être négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence dans certains cas et notamment lorsque pour des raisons concrètes, il ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. L'arrêt aurait pour objet d'étendre le champ de l'exception à tous les procédés de gestion déléguée. Ainsi, les dispositions de la loi de 1993 ne s'appliqueraient pas, non seulement « lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise » (art. L. 1411-12) mais aussi par exemple en présence d'un monopole de fait ou d'un droit exclusif comme un brevet.

Mais les conclusions du commissaire du gouvernement suggèrent une conception autrement plus large. Elles s'appuient sur un avis du Conseil d'Etat selon lequel une association chargée de gérer les prestations sociales d'un ministère n'exerçait pas une activité économique et donc n'était pas liée à l'Etat par une convention assujettie aux règles des délégations ou des marchés(27). Elles affirment que, même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de mettre en évidence ce point, « il n'existe aucun motif justifiant une procédure de mise en concurrence préalable à la dévolution d'une activité hors marché ».

Si cette analyse s'impose, elle parachève une relecture de la loi de 1993 initiée avec l'arrêt du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* (28) et consacrée par la loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (loi MURCEF) du 11 décembre 2001 : la condition tenant au mode de rémunération du délégataire n'a de sens que si l'exécution du service est confiée à une entreprise économique et donc, en définitive, à un opérateur intervenant sur un marché concurrentiel. Toute l'évolution va en ce sens depuis le début et il est probable qu'elle se poursuivra.

Il n'est pourtant pas certain qu'elle corresponde aux intentions initiales du législateur. La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ne cherchait pas à moraliser la seule vie économique et elle avait certainement vocation à régir les délégations de tous les services publics. On peut prendre acte d'une évolution

désormais consommée. Mais il est assez surprenant d'affirmer que le besoin de transparence ne se fait sentir que pour les entreprises économiques et qu'il n'a aucune raison d'être pour des activités hors marché !

Les références à la jurisprudence communautaire sont inopérantes. Il est exact que les règles de transparence ne s'appliquent pas aux organismes qui n'exercent pas une activité économique<sup>(29)</sup>. Mais c'est seulement parce que le champ d'application des traités communautaires ne s'étend pas jusque-là et que l'Union Européenne est incompétente en la matière.

L'aboutissement serait que le juge national limite le champ d'application de la loi Sapin aux services d'intérêt économique général, sous le contrôle du juge communautaire, et que les autres services publics, qui ne relèvent que du droit national, soient soustraits à toute obligation de transparence. A moins que n'intervienne une nouvelle législation, rompant avec la vision purement économiste qui domine actuellement.

De toute façon, il subsiste suffisamment de difficultés, plus ou moins apparentes, pour que la présentation des modes de gestion du service public soit encore amenée à évoluer.

Mots clés :

SERVICE PUBLIC \* Gestion du service public \* Gestion du service public par une personne privée

- (1) V. par ex. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., n° 799 à 821.
- (2) V. en dernier lieu, G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, 12e éd., p. 753.
- (3) CE, Sect., 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 284736, AJDA 2007. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher.
- (4) CAA Marseille 4 juill. 2005, M. et Mme Jean-Louis Armand, req. n° 00MA02343, AJDA 2006. 369, note J.-M. Pontier.
- (5) Chron. préc.
- (6) F. Sabiani, *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public*, AJDA 1977. 4.
- (7) Rép. min. 13 sept. 1999, Aubron, JOAN, p. 5397.
- (8) CAA Marseille 20 juill. 1999, Commune de Toulon, req. n° 98MA01735, AJDA 2000. 266, chron. Lilian Benoit.
- (9) Pour une théorisation, V. J. Chevallier, *L'association au service public*, JCP 1974. I. 2667.
- (10) CE, Sect. Intérieur, avis 18 mai 2004 sur la mise à disposition de locaux à la Cinémathèque française, EDCE 2005. 185 ; BJCP 2005. 213, obs. Ch. M ; AC-ACCP, déc. 2005. 67, note D. Moreau et S. Coton.
- (11) Civ. 3e, 19 avr. 1977, Commune de Boulogne-Billancourt, Bull. civ. III, n° 77, p. 136 ; DS 1977. 197, note J.-Y. Plouvin ; CE 21 janv. 1983, Association MJC de Saint-Maur, Lebon 14.
- (12) CE 2 déc. 1892, Mogambury, D. 1893. III. 1, concl. J. Romieu ; S. 1894. III. 97, note M. Hauriou ; CE 19 févr. 1904, Chambre syndicale des fabricants-constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways, RD publ. 1904. 88, note G. Jèze ; S. 1906. III. 75, concl. J. Romieu ; CE 4 mai 1906, Babin, S. 1908. III. 110, concl. J. Romieu...
- (13) CE 17 déc. 1997, Ordre des avocats de la Cour de Paris, Lebon 491 ; AJDA 1998. 362, concl. J.-D. Combrexelle, note B. Nouel ; D. 1998. Jur. 591, note B. Jorion.
- (14) CE 6 janv. 1995, Ville de Paris, Lebon 3 ; D. 1995. IR. 42 ; ACL 1996 n° 31 ; CE 6 janv. 1995, Syndicat national des personnels techniques, administratifs et de service de l'équipement CGT, Lebon 5 ; JCP 1995. IV. 769, obs. M.-C. Rouault.
- (15) CE, avis, 2 juill. 1992, EDCE 1992, n° 44, p. 406, à propos de la Société nationale des chemins de fer français ; CE, avis, 16 juin 1994, EDCE 1994, n° 46, p. 367, à propos d'un établissement public de santé.
- (16) CE 29 avr. 1970, Société Unipain, Lebon 280 ; AJDA 1970. 430, concl. G. Braibant.
- (17) Précité.
- (18) CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. I. 8121 ; BJCP n° 8, janvier 2000, p. 43, concl. G. Cosmas ; CJCE 11 janv. 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03, Rec. I. 1 ; AJDA 2005. 898, note F. Rolin ; BJCP n° 40, mai 2005, p. 180, obs. Ch. M., n° 41, juillet 2005, p. 258, chron. J.-F. Sestier ; CJCE 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03 ; AJDA 2005. 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat, Chr. Lambert ; BJCP n° 43, nov. 2005, p. 454, concl. J. Kokott, obs. R. S.
- (19) CJCE 11 mai 2006, Carbotermo Spa et Consorzio Alisei, aff. C-340/04, concl. Stix-Hackl ; AJDA 2006. 1013.
- (20) Cons. const. 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Rec. Cons. const. 14 ; RFDA 1993. 902, note D. Pouyaud ; LPA 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RFDC 1993. 375, note Favoreu et a.
- (21) V. l'avis administratif du Conseil d'Etat, en date du 7 octobre 1986, cité par la circulaire du ministère de l'Intérieur du 7 août 1987, JO 20 déc. 1987, p. 14863.
- (22) CE 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, req. n° 12045, Lebon 595 ; DP 1932. 3. 26, concl. P.-L. Josse.
- (23) Par ex. CE 1er avr. 1994, Commune de Menton et a., req. n° 144152 et 144241, Lebon 176 ; Dr. adm. nov. 1994, p. 1, concl. S. Lasvignes ; RD publ. 1994. 1825, note J.-B. Auby ; CE 29 déc. 1997, Commune d'Ostricourt, req. n° 170606, Lebon T. 706 et 969.
- (24) CE, Sect., avis cont., 8 nov. 2000, Société Jean-Louis Bernard consultants, req. n° 222208, Lebon 492 ; concl. C. Bergeal.

(25) CE 10 juill. 1996, req. n° 138536, Lebon 274 ; AJDA 1996. 807, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; CJEG 1996. 382, note P. Terneyre ; RFDA 1997. 89, note P. Delvolvé ; ACL 1997, n° 44.

(26) CJCE 7 déc. 2000, Teleaustria Verlags Ombh, aff. C-324/98 ; AJDA 2001. 106, note L. Richer.

(27) CEt, Ass. gén., avis n° 369315, relatif à la fondation Jean Moulin, EDCE 2003. 209.

(28) Lebon 737.

(29) CJCE 17 févr. 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159/91, Rec I. 637 ; D. 1993. Somm.. 277, note X. Prétot à propos de la gestion d'un régime de sécurité sociale.

### **Document n°5 Conseil d'Etat, ass., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary**

VU LA REQUETE de la ville de Castelnaudary, représentée par son maire en exercice..., tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler pour excès de pouvoir un arrêté, en date du 17 mai 1929, par lequel le préfet de l'Aude a déclaré nulle de droit la délibération du conseil municipal du 6 avr. 1929 ratifiant l'abonnement d'un an souscrit à la Fédération audoise chasse-pêche-agriculture pour l'utilisation d'un de ses gardes mobiles à la surveillance intermittente des propriétés rurales de la commune;

Vu la loi du 5 avr. 1884;

CONSIDÉRANT qu'il appartient au Conseil d'Etat statuant sur un recours formé contre un arrêté préfectoral déclarant nulle de droit une délibération du conseil municipal d'examiner, quels que soient les motifs sur lesquels est fondé l'arrêté, si le conseil municipal a agi dans la limite des attributions qui lui sont conférées par la loi du 5 avr. 1884;

Cons. que la délibération annulée par l'arrêté attaqué ratifiait un abonnement souscrit à la Fédération audoise chasse-pêche-agriculture pour l'utilisation d'un des gardes particuliers de cette Fédération à la surveillance intermittente des propriétés rurales; que le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration: qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal de Castelnaudary a excédé ses pouvoirs ; que, par suite, la commune requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêté déclarant nulle de droit ladite délibération ;... (Rejet).

### **Document n° 6 Conseil d'Etat, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris**

(...)

Considérant que, si les dispositions de l'article 2 du décret attaqué qui autorisent la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat à assister les personnes publiques qui le lui demandent dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat vont au delà des termes de l'habilitation donnée par l'ordonnance du 17 juin 2004, le Premier ministre pouvait légalement, dans l'exercice du pouvoir réglementaire qui lui est constitutionnellement reconnu, attribuer de nouvelles compétences à cet organisme dès lors que d'une part, s'agissant de l'Etat et de ses établissements publics, il s'est borné à organiser le bon fonctionnement des services et que, d'autre part, s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il ne leur a offert qu'une simple faculté qui n'a pu avoir pour effet de restreindre leurs compétences ;

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Considérant qu'en chargeant la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du décret attaqué s'est borné à mettre en oeuvre la mission d'intérêt général, qui relève de l'Etat, de veiller au respect, par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, du principe de légalité ; qu'en particulier, en prévoyant que cet organisme peut fournir un appui dans la négociation des contrats, le décret attaqué n'a pas entendu permettre à cette mission de les négocier en lieu et place d'une personne publique contractante autre que l'Etat ; qu'ainsi, aucune des attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marché ; que par suite, les dispositions de l'article 2 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ; qu'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'égal accès à la commande publique ; qu'enfin, dès lors qu'elles ne portent pas sur des prestations de services au sens du droit communautaire, elles n'ont pu ni introduire de restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne prohibées par les stipulations de l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne, ni méconnaître l'égalité de traitement entre les candidats à la commande publique issue du droit communautaire ;

Considérant qu'il résulte de tout de ce qui précède que l'ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS n'est pas fondé à demander l'annulation du décret du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ;

#### **Document n°7 Conseil d'Etat, 7 novembre 2008, Département de la Vendée**

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a souhaité confier à un prestataire l'exploitation d'un service de transports de voyageurs incluant des usagers scolaires, sous la forme d'une délégation de service public ; qu'il a, à cet effet, fait paraître un avis d'appel à la concurrence au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ainsi que dans le quotidien Ouest-France et dans une publication spécialisée ; qu'un avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne ; que le groupement constitué des sociétés anonymes Hervouët, Les Cars bleus Brisseau et Sovetours a fait acte de candidature, puis a déposé une offre pour le lot numéro 1 correspondant au secteur Montaigu, Les Herbiers, La Chataigneraie et Nantes ; qu'après avoir complété son offre à la suite des négociations conduites avec le DEPARTEMENT DE LA VENDEE, le groupement a été informé du rejet de celle-ci par courrier en date du 12 juillet 2001 ; que les sociétés anonymes Hervouët et les Cars bleus Brisseau ont demandé au tribunal administratif, par requête enregistrée le 8 août 2001, l'annulation de la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée en date du 29 juin 2001, par laquelle la commission attribuait le lot n°1 au groupement constitué par les sociétés Moinet, Grolleau et Rigaudeau et rejetait par conséquent l'offre présentée par le groupement dont la société anonyme Hervouët était mandataire ; que par un jugement

du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé cette délibération et enjoint au DEPARTEMENT DE LA VENDEE de résilier le contrat litigieux dans un délai de quatre mois assorti d'une astreinte ; que par l'arrêt attaqué du 2 décembre 2005, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre l'injonction de résilier le contrat et a rejeté ses autres conclusions d'appel ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que s'agissant du lot n°1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93% environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7% restant, d'autres services de transport et activités commerciales ; que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE prenait en charge en substitution des familles environ 80% du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'annuler l'arrêt du 2 décembre 2005 de la cour administrative d'appel de Nantes ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Sur les conclusions à fin de non lieu soulevées par les sociétés Hervouët et Les Cars Bleus Brisseau :

Considérant que la circonstance que le DEPARTEMENT DE LA VENDEE a lancé une nouvelle procédure en vue de la passation du contrat de transport régulier de voyageur litigieux ne rend pas sans objet ses conclusions d'appel dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002, d'une part, annulant la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que, la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement, et, d'autre part, enjoignant au département de dénoncer ce contrat ;

Sur les conclusions d'appel du DEPARTEMENT DE LA VENDEE dirigées contre le jugement du tribunal administratif de Nantes du 17 juillet 2002 en tant qu'il a annulé la délibération de la commission permanente du conseil général de Vendée du 29 juin 2001, ainsi que la décision du président du conseil général de signer le contrat prise sur son fondement :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête d'appel ;

Considérant qu'il ressort des pièces du contrat relatif au lot n°1, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le prestataire choisi devait tirer sa rémunération de l'exploitation du service, que ses recettes soient versées par le département au titre de sa prise en charge de 80% du coût des abonnements de transport scolaire, par les familles pour la part restante du coût de ces abonnements, ou qu'elles proviennent des sommes versées par les usagers non scolaires ou d'autres produits commerciaux ; que si une convention d'intéressement financier prévoit le versement d'une subvention par le département d'un

montant initial de 25 733,39 euros, pour des recettes d'exploitation évaluées alors à environ 1,5 million d'euros, celle-ci laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30% de ce déficit, déduction faite du montant de la subvention initiale ; qu'ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ; que dès lors, le DEPARTEMENT DE LA VENDEE est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé la délibération du 29 juin 2001 de sa commission permanente au motif que la convention n'est pas une délégation de service public mais un marché public soumis aux règles fixées par le code des marchés publics ;

(...)

### **Document n°9 Conseil d'Etat, 3 mars 2010, Département de la Corrèze**

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que, par délibération du 23 juin 2000, le DEPARTEMENT DE LA CORREZE a décidé de mettre en place un dispositif départemental de téléassistance afin de favoriser le maintien à domicile des personnes âgées et handicapées ; que, par un avis d'appel public à candidatures publié le 26 juin 2000, il a engagé à cette fin une procédure de mise en concurrence en vue de la passation d'une délégation de service public ; que la société Infocom Service, candidate dont l'offre a été écartée, a saisi le tribunal administratif de Limoges d'un recours pour excès de pouvoir contre la délibération du 17 novembre 2000 par laquelle la commission permanente du conseil général a rejeté son offre et attribué cette délégation au groupement "Ansee / Présence 19" ; que, par l'arrêt attaqué du 24 avril 2007, la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé le jugement du 8 avril 2004 par lequel le tribunal administratif de Limoges avait rejeté la demande de la société Infocom Service, ainsi que la délibération litigieuse ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par la société Infocom service :

Considérant qu'il ressort de la délibération du 5 juillet 2007 de la commission permanente du conseil général de la Corrèze que le président du conseil général est dûment habilité à se pourvoir en cassation contre l'arrêt de la cour administrative de Bordeaux du 24 avril 2007 ; qu'ainsi la fin de non-recevoir soulevée par la société Infocom Service doit être écartée ;

Sur la régularité de l'arrêt attaqué, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que la société Infocom Service n'avait pas soulevé avant la clôture de l'instruction le moyen, qui n'est pas d'ordre public, tiré de ce que les critères de choix retenus par l'autorité délégante ne correspondraient pas à la hiérarchisation des critères publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ; que, dès lors, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité en retenant ce moyen ; que le DEPARTEMENT DE LA CORREZE est, par suite, fondé à en demander l'annulation ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. / Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties

professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. /La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. /La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. /Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. " ;

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Sur la création du service public local de téléassistance aux personnes âgées et handicapées :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par le DEPARTEMENT DE LA CORREZE, dans le cadre de son action en matière d'aide sociale, a pour objet de permettre à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, de pouvoir bénéficier d'une téléassistance pour faciliter leur maintien à domicile ; que ce service consiste, d'une part, à mettre à disposition de l'utilisateur un matériel de transmission relié à une centrale de réception des appels, fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept, chargée d'identifier le problème rencontré par l'utilisateur et d'apporter une réponse par la mise en oeuvre immédiate d'une intervention adaptée à son besoin, grâce à un réseau de solidarité composé de personnes choisies par l'utilisateur, à un service médical, social ou spécialisé et aux dispositifs locaux existants, tels que les instances de coordination gérontologique, les plates-formes de service, le service de soins infirmiers à domicile pour personnes âgées, d'autre part, à intervenir au besoin au domicile de l'utilisateur dans les vingt-quatre heures suivant l'appel de l'utilisateur ou moins, selon l'urgence ; que le délégataire, tenu d'organiser localement le service, doit envisager, en fonction de la montée en charge du dispositif, l'installation d'une agence locale dans le département ; que, pour le financement de ce service, le DEPARTEMENT DE LA CORREZE intervient en réduction du coût réel de la prestation pour les utilisateurs ; qu'ainsi, même si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local ; que, par suite, cette création n'a pas porté atteinte illégale au principe de liberté du commerce et de l'industrie ; qu'il suit de là que le moyen tiré de l'illégalité de la délibération du 23 juin 2000 qui a créé ce service, et sur le fondement de laquelle la procédure de délégation litigieuse a été engagée, doit être écarté ; Sur le choix du délégataire :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la délibération attaquée ait pour effet de permettre au délégataire retenu, le groupement "Ansee / Présence 19", d'abuser d'une position dominante, en méconnaissance du droit de la concurrence ; qu'il n'en ressort pas davantage que le choix de lui confier ce service reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation ;

**Document n°10 Conseil d'État 25 mai 2018 Commune de Saint Thibault des Vignes**

1. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes a lancé une procédure de passation d'un contrat de mobilier urbain, à l'issue de laquelle le contrat a été attribué à la société Philippe Védiaud Publicité ; qu'à la suite du rejet de son offre, la société Girod Médias a saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2017, contre laquelle la société Philippe Védiaud Publicité et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé la procédure ; qu'il y a lieu de joindre les deux pourvois pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service " ;

3. Considérant que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun a relevé, d'une part, que le contrat litigieux avait pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale, d'autre part, que le titulaire du contrat devait assurer ces prestations à titre gratuit et était rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires ; que, pour juger que ce contrat était un marché public et non une concession de service, il s'est borné à constater qu'il confiait à titre exclusif l'exploitation des mobiliers à des fins publicitaires à son attributaire, pour en déduire qu'aucun risque n'était transféré à ce dernier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société attributaire du contrat assumait un risque réel d'exploitation, il a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il n'y a par suite plus lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité ;

4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Girod Médias ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que les moyens tirés de ce que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en méconnaissant les dispositions du II de l'article 99 et du II de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ne peuvent être utilement soulevés par la société Girod Médias ;

7. Considérant, par ailleurs, que les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la passation des délégations de service public ne peuvent qu'être écartés, dès lors que le contrat en cause ne confie à son attributaire la gestion d'aucun service public ;

8. Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que le contrat litigieux, dont la durée est de dix ans, aurait été passé en méconnaissance des dispositions de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, n'est pas assorti des précisions permettant d'apprécier l'incidence qu'une telle durée était le cas échéant susceptible d'avoir sur la possibilité, pour la société Girod Médias, de présenter utilement son offre ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Girod Médias n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du contrat litigieux ; que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, tant devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun que devant le Conseil d'Etat, ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Girod Médias, au titre des mêmes dispositions, la somme de 4 500 euros à verser à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes, pour l'ensemble de la procédure ; qu'il n'y a par ailleurs pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme que demande la société Philippe Védiaud Publicité au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;