

**COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION
DU GRAND ANGOULEME**

**EXTRAIT DU REGISTRE DES DELIBERATIONS
DU CONSEIL COMMUNAUTAIRE
SEANCE DU 29 JUN 2017**

Délibération
n° 2017.06.391

**Mode de gestion des
services publics de
transports et
mobilités : création
d'une société
publique locale par
transformation de la
société d'économie
mixte existante**

LE VINGT NEUF JUIN DEUX MILLE DIX SEPT à 17h30, les membres du conseil communautaire se sont réunis au siège de la communauté d'agglomération de GrandAngoulême - 25 boulevard Besson Bey à ANGOULEME suivant la convocation qui leur a été adressée par Monsieur le Président.

Date d'envoi de la convocation : **23 juin 2017**

Secrétaire de séance : Anne-Marie BERNAZEAU

Membres présents :

Jean-François DAURE, Jean-Marie ACQUIER, Sabrina AFGOUN, Michel ANDRIEUX, Danielle BERNARD, Anne-Marie BERNAZEAU, André BONICHON, Xavier BONNEFONT, Jacky BOUCHAUD, Catherine BREARD, Michel BUISSON, Gilbert CAMPO, Monique CHIRON, Jean-Marc CHOISY, Véronique DE MAILLARD, Catherine DEBOEVERE, Françoise DELAGE, Bernard DEVAUTOUR, Gérard DEZIER, Denis DOLIMONT, Jacques DUBREUIL, Georges DUMET, François ELIE, Guy ETIENNE, Jeanne FILLOUX, Jean-Jacques FOURNIE, Maud FOURRIER, Martine FRANCOIS-ROUGIER, André FRICHETEAU, Michel GERMANEAU, Fabienne GODICHAUD, Jacqueline LACROIX, André LANDREAU, Francis LAURENT, Michaël LAVILLE, Annie MARAIS, Jean-Luc MARTIAL, Pascal MONIER, Thierry MOTEAU, Catherine PEREZ, Yannick PERONNET, Marie-Hélène PIERRE, Christophe RAMBLIERE, Jean REVEREAULT, Gérard ROY, Eric SAVIN, Zahra SEMANE, Alain THOMAS, Jean-Luc VALANTIN, Roland VEAUX, Vincent YOU, Danièle MERIGLIER

Ont donné pouvoir :

Patrick BOURGOIN à André LANDREAU, Jean-Claude COURARI à Denis DOLIMONT, Françoise COUTANT à Jean-François DAURE, Annette FEUILLADE-MASSON à Jean-Jacques FOURNIE, Joël GUITTON à Martine FRANCOIS-ROUGIER, Isabelle LAGRANGE à Catherine DEBOEVERE, Elisabeth LASBUGUES à François ELIE, Philippe LAVAUD à Jeanne FILLOUX, Bertrand MAGNANON à Gérard DEZIER, Dominique PEREZ à Jacky BOUCHAUD, Jean-Philippe POUSSET à Pascal MONIER, Anne-Laure WILLAUMEZ-GUILLEMETEAU à Vincent YOU

Suppléant(s) :

Gérard BRUNETEAU par Danièle MERIGLIER

Excusé(s) :

Véronique ARLOT, Anne-Sophie BIDOIRE, Samuel CAZENAVE, Danielle CHAUVET, Bernard CONTAMINE, Karen DUBOIS, Denis DUROCHER, Bernadette FAVE, François NEBOUT, Bernard RIVALLEAU, Philippe VERGNAUD

CONSEIL COMMUNAUTAIRE DU 29 JUIN 2017

**DELIBERATION
N° 2017.06.391**

MOBILITES

Rapporteur : Madame DE MAILLARD

**MODE DE GESTION DES SERVICES PUBLICS DE TRANSPORTS ET MOBILITES :
CREATION D'UNE SOCIETE PUBLIQUE LOCALE PAR TRANSFORMATION DE LA
SOCIETE D'ECONOMIE MIXTE EXISTANTE**

La Communauté d'Agglomération de GrandAngoulême est compétente pour l'organisation de la mobilité sur son territoire. Depuis le 1^{er} janvier 2017, cette compétence s'exerce sur 38 communes suite à l'élargissement du périmètre de GrandAngoulême dans le cadre de la loi Notre.

Les services publics urbains de mobilité sont constitués :

- de lignes régulières de transport urbain ;
- de lignes de transport urbain à vocation principale scolaire ;
- d'un service de transport adapté pour les personnes à mobilité réduite ;
- d'un service de location de vélos (moyenne et longue durée) ;
- d'un service de stationnement sécurisé pour les vélos.

La gestion de l'ensemble de ces services a été confiée à la Société d'économie mixte des transports de Grand Angoulême (STGA) par contrat de délégation de service public en date du 22 décembre 2008.

Le contrat arrivant à échéance au 31 décembre 2017, GrandAngoulême a engagé une réflexion sur le mode de gestion de ces services à compter du 1^{er} janvier 2018.

Les axes majeurs de cette réflexion sont les suivants :

- Le développement de la structure assurant la mise en œuvre de la politique de mobilité sur le long terme
- Assurer la maîtrise du service et de son coût par la collectivité, notamment au regard des évolutions des services à court terme (Bus à Haut Niveau de Service et réorganisation du réseau, dessertes à l'échelle du nouveau territoire)
- Assurer la transparence de gestion et la recherche exclusive de l'intérêt général
- Se doter d'un outil d'ancrage et de coopération territoriale.

Afin de répondre à ces objectifs, une analyse détaillée de l'ensemble des modes de gestion a été réalisée à travers 7 critères (analyse reprise dans le rapport joint à la présente délibération) :

Trois critères liés à la relation entre l'agglomération et l'exploitant :

- ✓ La maîtrise du service par l'agglomération
- ✓ La maîtrise financière du service
- ✓ Les risques d'exposition des élus

Quatre autres critères liés à la mise en place du mode de gestion et de la structure exploitante :

- ✓ La capacité à s'organiser et à organiser le service : la compétence métier
- ✓ La complexité de la mise en place du mode de gestion
- ✓ Le risque contentieux lors de la mise en œuvre du mode de gestion
- ✓ Le calendrier de réalisation

Au regard de cette analyse, il pourrait être proposé d'assurer la gestion des services de mobilité en créant une nouvelle société sous la forme d'une société publique locale (SPL).

Ce mode de gestion permet de concilier une maîtrise publique, le management d'entreprise, la souplesse offerte en termes de contractualisation, la maîtrise du risque en fonction de la répartition du capital social ainsi qu'une grande évolutivité de la structure.

C'est la loi n°2010-559 du 28 mai 2010, pour le développement des SPL, qui a donné naissance aux sociétés publiques locales (SPL). Codifiées à l'article L1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), ces sociétés anonymes sont entièrement détenues par au moins deux collectivités locales ou groupements de collectivités territoriales. Elles ne peuvent intervenir qu'au bénéfice de leurs actionnaires publics et sur leurs seuls territoires.

Dans le cadre d'une SPL, la maîtrise politique est renforcée et l'actionnariat public exclusif, ce qui permet une meilleure prise en compte des enjeux communs et une forte souplesse et réactivité pour la mise en œuvre des projets.

En effet, les règles de gestion applicables sont celles des Sociétés Anonymes et la contractualisation sans procédure de mise en concurrence est possible dès lors que les conditions du régime « in house » sont remplies :

1. Le capital de la SPL sera détenu en totalité par des collectivités territoriales ou EPCI en associant au minimum deux actionnaires.
2. Le champ d'intervention de la SPL relèvera des compétences de ses actionnaires.
3. La SPL n'interviendra que pour le compte et sur le territoire de ses actionnaires.
4. Enfin, les personnes publiques actionnaires exerceront un contrôle « analogue » à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, via notamment le conseil d'administration de la société qui prend les décisions stratégiques : vote du budget, acceptation des projets que la Société va mener pour le compte de ses actionnaires...

La création de la SPL se fera par la voie d'une transformation de la SEM STGA en SPL afin que la continuité du service public assurée par la société d'économie mixte perdure.

Afin de marquer cette continuité à l'égard des usagers, il est proposé que la SPL soit dénommée SPL « STGA ».

Cette transformation nécessitera :

- Une modification des statuts de la société d'économie mixte : les modifications apportées répondent à la nécessité de mettre en adéquation les statuts avec les dispositions propres aux sociétés publiques locales, dans le respect de la réglementation et de la jurisprudence nationale et européenne.
- En parallèle de ce qui précède, la sortie des actionnaires privés sera réalisée par une cession des actions correspondantes à un montant proposé par le conseil d'administration de la société.
- L'entrée d'actionnaire(s) public(s), en lieu et place des actionnaires privés.

Vu le code général des collectivités territoriales et notamment le titre II du livre V les articles L.1524-5, L. 2121-33 et L. 2121-21 ;

Vu l'ordonnance n°2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession,

Vu le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Vu le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession

Vu le code du commerce et notamment le Livre II ;

Vu la circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales,

Vu l'avis favorable de la réunion de toutes les commissions du 31 mai 2017,

Vu l'avis du comité technique,

Je vous propose :

D'APPROUVER le principe d'une gestion directe par une SPL de tout ou partie des services de mobilités de GrandAngoulême.

D'APPROUVER la création de la Société Publique Locale (SPL) STGA par transformation de la «Société d'économie mixte des transports de GrandAngoulême».

D'AUTORISER Monsieur Le Président ou son représentant à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution de la présente délibération.

**APRES EN AVOIR DELIBERE,
LE CONSEIL COMMUNAUTAIRE
A L'UNANIMITE DES SUFFRAGES EXPRIMES,
ADOpte LA DELIBERATION PROPOSEE.**

Certifié exécutoire :	
<u>Reçu à la Préfecture de la Charente le :</u> 06 juillet 2017	<u>Affiché le :</u> 06 juillet 2017

GRAND ANGOULÊME

ACCORD CADRE D'ASSISTANCE, D'EXPERTISE ET DE CONSEILS RELATIFS A LA PASSATION ET AU SUIVI DE CONTRATS ET/OU CONVENTIONS DE TRANSPORTS COLLECTIFS

Marché Subséquent 1 – Mission 1 Rapport sur les modes de gestion

22 mai 2017

Votre interlocutrice :

Elodie PARIER, Directrice associée d'ADEXEL, Mandataire du groupement

Tél : 01 42 66 10 62

Mail : eparier@adexel-conseil.fr

Référence interne du document : 2017-36_Grand_Angoulême_rapport-v7

SOMMAIRE

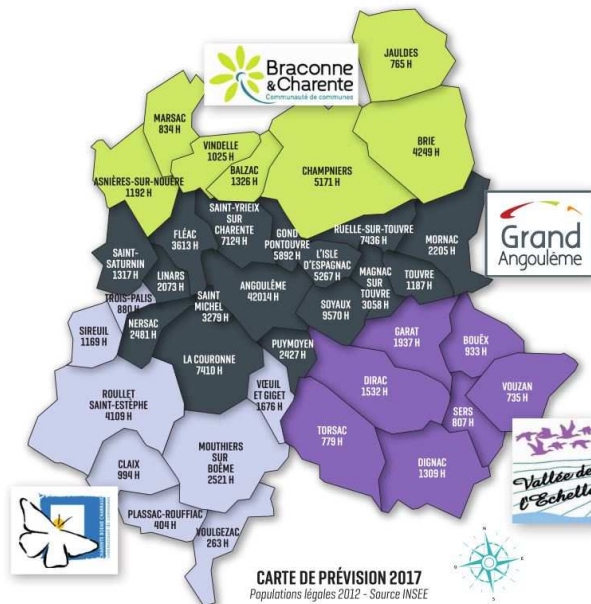
INTRODUCTION	4
PRESENTATION DES MODES DE GESTION	7
I. Gestion Directe	8
I.1. La régie autonome	8
I.2. La régie à autonomie financière et personnalité morale (EPIC)	8
I.3. La société publique locale (SPL)	15
I.4. La procédure de transformation de la SEM en SPL	21
I.5. Quelle capacité financière pour une SPL Transport ?	23
I.6. Comparaison des montages	24
II. Gestion confiée à un tiers	25
II.1. La délégation de service public / la concession	25
II.2. Le marché public	41
II.3. Points clés d'une gestion confiés à un tiers par marché	45
III. Opérateur public ou mixte	46
III.1. La société d'économie mixte (SEM)	46
III.2. La société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)	48
ANALYSE CROISEE DES MODES DE GESTION	50
IV. Identification des contraintes de choix	50
V. La maîtrise du service par l'agglomération	51
V.1. Définition	51
V.2. Applications	51
VI. Maîtrise et portage du risque financier du service	53
VI.1. En matière d'EPIC ou de SPL	53
VI.2. En matière de délégation de service public	54
VI.3. En matière de marché public	55
VII. Les risques d'exposition des élus	56
VII.1. Définition des risques	56
VII.2. En matière d'EPIC	57
VII.3. En matière de SPL, SEM et SEMOP	58
VII.4. En matière de marché public et de délégation de service public	58
VIII. La capacité à s'organiser et à organiser le service : la compétence métier	59
VIII.1. Hypothèse de l'EPIC	59
VIII.2. Hypothèse de la SPL	60
VIII.3. Hypothèse du marché public et hypothèse de la délégation de service public	60
IX. La complexité de la mise en place du mode de gestion	60
IX.1. Position du problème	60
IX.2. Sur le plan social	61
IX.3. Sur le plan opérationnel	61

IX.4. En matière d'EPIC	62
IX.5. En matière de SPL	63
IX.6. En matière de marché public et de délégation de service public	63
X. Risques lors de la passation	65
XI. Calendrier de réalisation	66
XI.1. Cas de l'EPIC	67
XI.2. Cas de la SPL	68
XI.3. Cas de la SEM et de la SEMOP	69
XI.4. Cas du marché public, dialogue compétitif	69
XI.5. Cas du marché public, procédure ouverte	70
XI.6. Cas de la délégation de service public	71
SYNTHESE	73
CONCLUSION	75

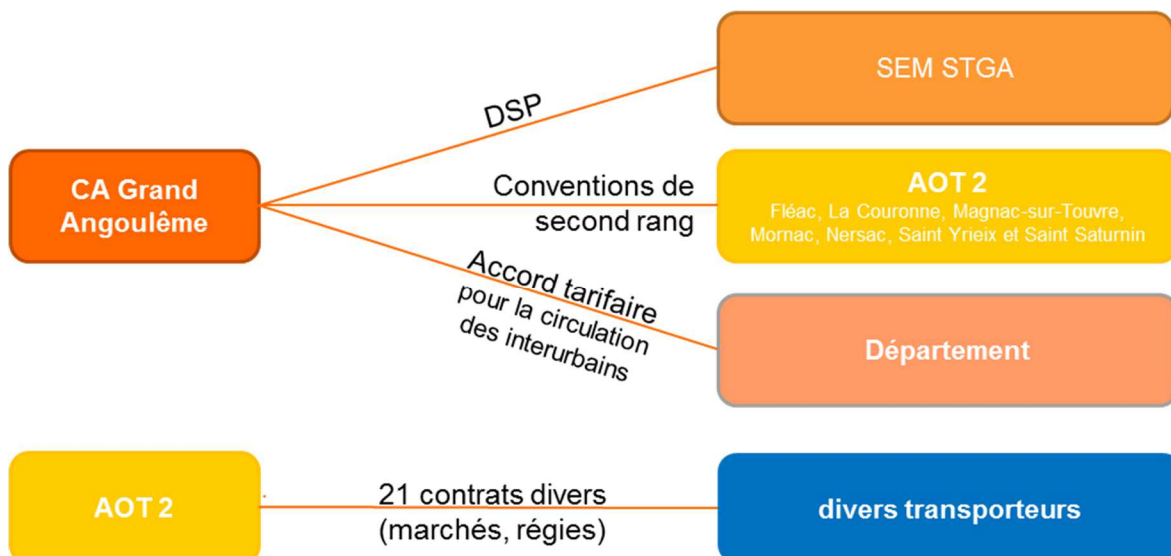
INTRODUCTION

La Communauté d'Agglomération Grand Angoulême a été créée le 12 décembre 1989.

Elle est aujourd'hui composée de 38 communes et une population de 140 825 habitants, ce depuis le 1er janvier 2017.



Le territoire est actuellement desservi par les services de transports en communs organisés à travers les contrats suivants :



Pour le contrat principal, les services sont assurés par la Société de Transport du Grand Angoulême (STGA).

La STGA est une société anonyme d'économie mixte affiliée au réseau AGIR. Son capital est détenu à 80% par l'agglomération.

Le mode de gestion actuel des services de transports proposé est la gestion déléguée.

Le contrat initial a été signé en décembre 2008 pour 8 années (1^{er} janvier 2009 – 31 décembre 2016).

Un avenant, approuvé par délibération du 23 juin 2016, est venu prolonger d'un an le contrat de délégation de service public transport.

Les services STGA:

Lignes urbaines et périurbaines :

- 9 lignes régulières diamétrales (lignes n°1 à 9), qui circulent du lundi au samedi avec un niveau d'offre élevé
- 11 lignes régulières périphériques (lignes n°20 à 28, 30 et 31), en rabattement sur les lignes diamétrales, qui circulent du lundi au samedi. Les lignes périphériques dont le niveau d'offre est le plus important présentent de 16 à 20 passages par jour (par sens) et des fréquences de 30 à 45 minutes aux heures de pointe.
 - Dont 9 en TAD virtuel assuré par des Taxibus dont les réservations se font au plus tard avant 17h la veille du déplacement
- 4 lignes régulières (lignes A, B, C, D) les dimanches et les jours fériés et 4 services spécifiques au départ de la gare (lignes StudiBUS ; 2 circuits ; 2 départ pour chaque circuit à 19h25 et à 20h15).

Transport scolaire :

- L'offre scolaire est principalement destinée aux élèves, néanmoins elle reste accessible à tous les utilisateurs du réseau.
- 27 lignes à vocation principale scolaire pour la desserte de 10 établissements scolaires (collèges et lycées) de l'agglomération. Ces lignes sont ouvertes à tous les usagers.

- 2 lignes StudiBUS : mises en place pour que les élèves internes puissent rejoindre leur établissement les dimanches soir et les jours fériés de veille de jour scolaire.

Transport à la demande :

- Libus : service réservé aux personnes à mobilité réduite ou en situation de handicap pour faciliter leurs déplacements

Autres services proposés par la STGA :

- Le service Locabus propose la location de minibus
- Pour un congrès, une soirée, un mariage dans l'agglomération, un service propose de conduire des groupes d'adultes à un horaire choisi d'un lieu à un autre de l'agglomération avec un bus qui peut être personnalisé

De plus, 14 parkings vélos sont installés en différents points d'Angoulême.

L'offre de transport interurbaine :

18 lignes interurbaines gérées par la Région, suite au transfert de compétence du département de Charentes des services réguliers de transport interurbain départementales au 1^{er} janvier 2017, assurent la desserte de communes aujourd'hui intégrées au Grand Angoulême.

La ligne du Réseau Vert desservant Brie et Champniers a quant à elle été transférée au Grand Angoulême car située intégralement dans son ressort territorial.

PRESENTATION DES MODES DE GESTION

L'article 72 de la Constitution pose le principe de la libre administration des collectivités territoriales " Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences".

Il résulte de cet article que les collectivités territoriales disposent de la liberté contractuelle.

Cette liberté est encadrée par les dispositions de l'article L. 1221-3 du Code des transports qui précise que l'exécution des services de transport public de personnes réguliers et à la demande est assurée, pour une durée limitée, dans les conditions prévues par le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route :

- soit en gestion directe par une régie sous forme d'un service public industriel et commercial ou par une Société Publique locale détenue par des personnes publiques;
- soit en gestion indirecte par une entreprise ayant passé à cet effet une convention avec l'autorité organisatrice. Que cette convention résulte d'un marché, d'une délégation de service public ou d'un partenariat.

Au terme de la phase d'analyse, les enjeux suivants ont été identifiés pour approcher les modes de gestion et montages envisageables :

- la **souplesse de gestion** face aux modifications successives du périmètre,
- le **risque porté par le titulaire d'une délégation de service public** et les **possibles requalification du contrat**,
- le **devenir de la SEM**.

Les différents contrats et montages existants sont examinés ci-après.

I. Gestion Directe

I.1. La régie autonome

L'AOTU assure elle-même la gestion du service avec ses propres moyens, lesquels sont individualisés sur le plan financier via un budget annexe (R 1221-9 code des transports).

La régie autonome dispose d'une autonomie fonctionnelle dans la mesure où, sous l'autorité de l'exécutif de l'AOTU, elle est **administrée par un conseil d'exploitation composé d'élus et d'un directeur, désignés par l'assemblée de l'EPCI**. Elle est créée par une délibération désignant ses organes et précisant sa dotation.

Elle n'est cependant pas juridiquement distincte de l'AOTU qui est donc engagée et juridiquement responsable de tous les actes de la régie.

Gestionnaire d'un service public industriel et commercial, la régie autonome est soumise pour l'exploitation au droit privé, dans le cadre de ses relations avec les usagers et au titre du personnel (à l'exception du directeur et de l'agent comptable). Elle est soumise au code des marchés publics pour la passation de ses contrats.

Si l'on retrouve les mêmes particularités pour la régie personnalisée (cf. *infra*), la distinction est plus malaisée en raison du rattachement à la personnalité morale de l'AOTU, de sorte que la gestion d'une activité soumise pour une large part au droit privé est parfois source de difficultés.

Pour cette raison, la régie autonome s'adresse plus particulièrement aux réseaux les plus modestes, mobilisant peu de moyens humains et matériels et permettant ainsi une adaptation rapide au regard des situations ou contraintes constatées au fil de l'eau.

I.2. La régie à autonomie financière et personnalité morale (EPIC)

L'article L 1221-8 du code des transports prévoit que l'exploitation d'un service de transport peut être réalisée dans le cadre d'une régie personnalisée, dès lors qu'elle respecte le caractère industriel et commercial de l'activité et qu'elle est constituée sous forme d'EPIC.

Dans le cadre de la création d'un établissement public local, les organes principaux sont le Conseil d'Administration et le Directeur, lesquels vont faire fonctionner la régie selon des modalités relativement proches de celle d'une entreprise privée.

Toutefois, si l'établissement public local dispose ainsi d'une autonomie de gestion réelle, son lien avec la collectivité reste fort puisque celle-ci, outre la décision de créer l'EPIC, détermine

les statuts, fixe la dotation initiale, désigne les membres du conseil d'administration et bien évidemment finance et éventuellement supprime la régie.

Bien que le fonctionnement de l'EPIC soit soumis au droit privé, il doit néanmoins appliquer les règles de la comptabilité publique et est lui-même soumis, dans le cadre de son fonctionnement propre, à la passation de ses contrats par une voie concurrentielle.

S'agissant du personnel de la régie, celui-ci est soumis au droit privé, puisqu'il s'agit d'un service public à caractère industriel et commercial, à l'exception de son Directeur et de son agent comptable, si ce dernier a la qualité de comptable public.

Pour le reste du personnel, il convient de préciser que l'article L1224-1 du Code du Travail s'applique de sorte que l'ensemble des contrats de travail des personnels affectés au service des transports et constituant un ensemble autonome organisé devient automatiquement salarié de la régie (Soc, 14 janvier 2003, *Commune de Théoule sur Mer*, pv n° 0-43676).

Enfin, le fonctionnement de la régie est soumis à la mise en œuvre entre celle-ci et l'autorité organisatrice d'un cahier des charges définissant notamment les modalités de réalisation des services ainsi que les liens avec l'autorité organisatrice (R 1221-5 Code des transports).

Ainsi, bien que l'EPIC reste une émanation de l'AOTU et peut donc adapter son fonctionnement en fonction des demandes de cette dernière, il reste que les rapports sont plus formalisés et doivent en conséquence relever à la fois d'une relation institutionnelle et contractuelle.

✓ Les organes de l'EPIC

Le conseil d'administration

La composition et le mandat des membres :

Le nombre et la qualité des membres du conseil d'administration sont fixés dans les statuts par l'assemblée délibérante qui détermine également leurs conditions de révocation.

Il y a deux limites à cette prérogative :

- le nombre des membres ne peut être inférieur à neuf;
- les représentants de la collectivité doivent détenir la majorité des sièges du conseil (R.2221-6 du CGCT).

Les membres sont désignés par l'assemblée délibérante sur proposition de l'autorité exécutive.

En application des articles R.2221-7 CGCT et R.2221-8 de CGCT, les membres doivent jouir de leurs droits civils et politiques.

Ils doivent être indépendants. En effet, afin d'assurer leur mandat en toute indépendance et d'éviter, par ailleurs, la commission du délit d'ingérence, ils ne doivent nouer aucun lien d'intérêt avec les entreprises en rapport avec la régie, ils doivent rompre tout lien existant avec ces entreprises et ils ne peuvent, en aucun cas, prêter leur concours à titre onéreux à la régie.

Aussi, l'organe délibérant de la personne publique locale pourrait prévoir la présence dans le conseil de la régie de personnalités choisies en raison de leur compétence dans le domaine couvert par le service public en cause ou de l'intérêt qu'elles portent à ce domaine ou encore de leur qualité d'usager du service en cause.

Avantage : faire entrer dans le conseil des personnes apportant dans la gestion de la régie personnalisée et du service public une approche différente et complémentaire de celle des élus territoriaux.

Les fonctions de membre du conseil d'administration sont gratuites.

Fonctionnement :

Election par le conseil de son président chargé du fonctionnement du conseil

Réunion du conseil :

- au moins tous les trois mois sur convocation du président
- chaque fois que le président le juge utile
- sur demande du préfet
- sur demande de la majorité des membres

Les séances du conseil ne sont pas publiques

Attributions :

Le Conseil d'administration (CA) « *délibère sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie* » (article R.2221-18 du CGCT). Il s'agit d'une **clause de compétence générale**, dans la limite du principe de spécialité et des règles de compétences territoriales et matérielles. Le CA administre la régie.

Ainsi, le conseil possède compétence pour délibérer sur **toutes les questions relatives à la régie et au fonctionnement du service public dont elle a la charge**, à l'exception de celles – au stade de la décision – pour lesquelles un texte a prévu la compétence d'une autre autorité.

Ainsi, le conseil :

- « *vote le budget* » (article R.2221-25 du CGCT) ;
- « *décide des acquisitions, aliénations, locations de biens mobiliers ou immobiliers qui appartiennent à la régie* » (article R.2221-19 du CGCT);
- autorise le directeur à passer les contrats et marchés et à ester en justice au nom de la régie, etc. (articles R.2221-22, R.2221-23 et R.2221-24 du CGCT).

Le directeur

Conditions de désignation :

Le directeur est désigné (mais non nommé) comme le conseil par l'assemblée délibérante sur proposition de l'autorité exécutive.

Les fonctions de directeur sont incompatibles avec :

- tout mandat électif national ou local recouvrant le champ territorial de la régie
- la fonction de membre au sein du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation de la régie
- la prise d'intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie, l'occupation d'une fonction dans ces entreprises ou la réalisation de prestations pour leur compte.

En cas d'infraction à ces interdictions, le directeur est démis de ses fonctions soit par l'autorité exécutive, soit par le préfet. Il est immédiatement remplacé.

Ce mécanisme d'incompatibilités démontre que la collectivité peut confier le fonctionnement de l'établissement public à une personne dotée de fortes compétences dans le secteur d'activités envisagé tout en conservant un droit de regard sur cette gestion quotidienne.

Attributions :

Le Directeur dispose des pouvoirs suivants :

- ⇒ Il agit sous l'autorité et le contrôle du Président (article R.2221-28 du CGCT)
- ⇒ Il est « le représentant légal de régie » (article R.2221-22 du CGCT), ce qui implique notamment, que :
 - après y avoir été autorisé par le CA, il intente les actions en justice et défend la régie dans les actions intentées contre elle;
 - après y avoir été autorisé par le CA, il conclut les transactions au nom de la régie;
 - il peut sans autorisation préalable du CA faire tous actes conservatoires des droits de la régie.
- ⇒ Il assure « le fonctionnement de la régie » (article R.2221-28 du CGCT), ce qui implique qu'il :
 - Prend les mesures nécessaires à l'exécution des décisions du Conseil d'administration, il s'agit de mettre en œuvre la politique en matière de transport décidé par le CA
 - est l'ordonnateur de la régie : prescrit exécution des recettes et des dépenses et prépare le budget
 - exerce la direction de l'ensemble du service et assure la qualité de supérieur

hiérarchique des agents de la régie, sous réserve des dispositions concernant l'agent comptable qui est contrôlé, lui, par les services financiers et du Trésor de l'État ;

- recrute et licencie le personnel dans la limite des inscriptions budgétaires
- passe en exécution des décisions du CA, tous actes contrats et marchés

⇒ Le directeur prend les décisions pour lesquelles il a reçu délégation du CA notamment pour toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés publics de travaux de fournitures et de services qui peuvent être passés en la forme négociée en raison de leur montant.

⇒ Dans l'exercice de ses compétences, et sous sa responsabilité, il peut déléguer sa signature à un ou plusieurs chefs de service (article 2221-29 du CGCT). Il doit en informer le Président en application de l'article R.2221-29 du CGCT.

✓ Procédure de création de la Régie

Sur le plan théorique, la création d'une régie ne suppose pas le respect d'un grand nombre de formalités.

En effet, s'agissant d'une question relevant de l'organisation interne de l'autorité organisatrice, celle-ci est libre d'en organiser la création comme elle le souhaite, sous réserve bien évidemment, du respect de la mise en œuvre des délibérations adaptées.

La création suppose la **consultation du Comité Technique** puisque l'impact sur l'organisation des services est, évidemment, important. De même, la **commission consultative des services publics locaux doit être consultée**.

En outre, la Collectivité doit **définir la dotation initiale** de la régie afin que celle-ci puisse commencer financièrement à fonctionner.

Mais au-delà de ces éléments relativement sommaires, **le travail de création d'une régie est très lourd** puisqu'il suppose d'abord de procéder au choix des personnes constituant le Conseil d'Administration (au minimum 9 membres), de recruter un Directeur disposant de toutes les qualités requises mais également de gérer en pratique, des éléments extrêmement importants et en particulier ceux relatifs aux relations sociales lors du transfert des personnels et la mise en place des moyens techniques (contrats fournisseurs, logiciels d'exploitation, assistance technique, marketing, ...). La jurisprudence a d'ailleurs récemment rappelé que lors du passage en régie d'un service antérieurement exécuté en DSP, la personne publique est tenue de reprendre les engagements pris envers les usagers et les tiers, mais dans la limite de leur caractère raisonnable (CE, 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, req. n° 368294).

Enfin, il appartient à l'autorité organisatrice de définir clairement ses orientations en matière d'exécution des services (et non plus uniquement en matière d'organisation ou d'objectifs).

La délibération instituant la régie doit donc déterminer :

- ⇒ La consistance du service à exploiter
- ⇒ Les objectifs fixés à la régie
- ⇒ Le montant de la dotation initiale de la régie
- ⇒ Les types de biens dont la régie peut avoir la gestion :
 - les biens qui lui appartiennent en propre
 - ceux apportés par la collectivité au titre de la dotation initiale
 - les biens affectés par cette collectivité à la régie, en vue de la gestion du service public,
- ⇒ Les statuts qui fixent :
 - le nombre des membres du conseil d'administration
 - les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisies celles d'entre elles n'appartenant pas à l'assemblée délibérante créant la régie
 - la durée de leurs fonctions ainsi que la durée du mandat du président du conseil qui ne peuvent excéder celle du mandat électif.
 - le mode de renouvellement du conseil

Atouts de la régie

La gestion en régie, sans procédure de mise en concurrence régulière, induit une économie sur l'organisation de celle-ci.

Elle permet en outre théoriquement une plus grande souplesse dans l'évolution du service. La souplesse est conditionnée par l'agilité de la gouvernance et notamment la configuration du Conseil d'Administration ; en pratique, il se confond parfois avec l'Assemblée Délibérante, ce qui réduit cette agilité.

En outre, les variations de service trop fréquentes posent des difficultés techniques, d'appropriation du réseau par les usagers.

La marge de l'opérateur public est totalement réinvestie dans le service, tandis que les bénéfices de l'opérateur privé peuvent être pour tout ou partie affectés à la rémunération des actionnaires.

Les taux de marge nette régulièrement constatés dans le secteur des transports publics sont faibles, généralement inférieurs à 3%.

I.3. La société publique locale (SPL)

La loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a créé les sociétés publiques locales (SPL) pour permettre notamment aux collectivités de bénéficier des avantages de la gestion privée des sociétés commerciales pour l'exploitation des services publics.

On peut classer ce mode de gestion parmi les modes de gestion directe, dans la mesure où l'AOTU confie directement l'exploitation de son service à une structure qu'elle a créée et qu'elle contrôle de façon significative.

Les SPL sont autorisées et définies par l'article L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales qui dispose :

*"Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'[article L. 300-1 du code de l'urbanisme](#), des opérations de construction ou pour **exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial** ou toutes autres activités d'intérêt général.*

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le [livre II du code de commerce](#) et sont composées, par dérogation à l'[article L. 225-1](#) du même code, d'au moins deux actionnaires.

Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre".

La SPL est une société anonyme

La forme et les modalités de création de la SPL rejoignent celles des SEML décrite ci-après. En effet, l'article L.1531-1 susvisé prévoit que les SPL revêtent la forme des sociétés anonymes sous réserve des dispositions relatives aux sociétés d'économie mixte locales¹.

Ce statut entraîne l'application du droit privé en particulier dans le cadre des relations avec les tiers, pour la comptabilité et pour l'application du droit du travail. A ce dernier égard, la SPL applique logiquement les prescriptions de l'article L1224-1 du code du travail en matière de transfert des contrats de travail dès lors qu'une activité existante est reprise.

La SPL doit être composée d'au moins deux actionnaires

La nécessité de prévoir deux actionnaires au lieu d'un est apparue comme une garantie de la bonne gestion de la SPL, l'un pouvant contrôler l'autre².

Les actionnaires ne peuvent être que des collectivités territoriales et/ou leurs groupements. Les établissements publics d'une autre nature en sont donc exclus.

- Un champ d'intervention limité aux compétences attribuées par la loi aux actionnaires

La possibilité de constituer une **SPL** est limitée aux :

- communes
- départements
- régions
- groupements de ces collectivités (communautés de communes, communautés urbaines, communauté d'agglomération, métropoles, pôles métropolitains, syndicats de communes, syndicats mixtes fermés, ceux des syndicats mixtes ouverts qui ne sont composés que de collectivités locales ou de groupements de ces collectivités, ententes interdépartementales ou interrégionales...).

Il ressort des articles L. 1521-1 et 1524 5 du CGCT et de la jurisprudence que :

- « *les communes ou leurs groupements actionnaires d'une société d'économie mixte locale ne peuvent donner leur accord à une prise de participation de cette société dans une société commerciale que si l'action de cette dernière entre dans le champ des compétences que la loi a reconnues auxdites collectivités et à leurs groupements et qu'elle présente un intérêt pour eux* » (CAA Bordeaux, 27 avril 2004, Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS), req. n° 00BX00369).

¹ Le titre II auquel fait référence l'article L.1531-1 est relatif aux SEML

² Rapport au Sénat n°430, J. Mézard, session ordinaire 2008-2009

- Une **commune autorité organisatrice de second rang (« AO2 »)** n'a de compétence transport que sur la base d'une convention conclue avec le Conseil Départemental. La compétence transport est passée à la Région au 1er janvier 2017 pour le transport et passera au 1er septembre pour le transport scolaire, sauf convention locale.
- Il ne peut s'agir d'une compétence de mobilité urbaine subdélégée. Le **principe de spécialité** impliquant qu'une compétence transférée à un EPCI ne peut être exercée que par lui et non plus par la commune membre (CE, Ass., 16 octobre 1970, Commune de Saint-Vallier).
- Par ailleurs, pour les AO2, il ne s'agit pas d'un transfert de compétence au sens des textes mais d'une simple convention permettant d'assurer par un tiers la mise en œuvre effective de la compétence détenue par l'autorité organisatrice de premier rang. Or, les textes sont restrictifs : *« les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. »* (article L. 1531-1 du CGCT)

La qualité d'AO2 ne permet donc pas à une commune d'intégrer une SPL à vocation transport.

La compétence matérielle

La loi précise que les SPL ne peuvent intervenir que dans le cadre des compétences attribuées par la loi aux actionnaires.

En matière de transport public, la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, codifiée désormais au Code des transports, a confié aux collectivités territoriales ou à leurs groupements les compétences respectives en la matière : **il est donc nécessaire que l'agglomération s'associe pour la gestion de son service public avec une autre autorité organisatrice de transports.**

Enfin, la SPL, en tant que société, peut avoir un patrimoine propre et construire des ouvrages pour son propre compte. En cas de dissolution de la société, les biens sont répartis à l'amiable. A défaut, les actionnaires procèdent à la vente des biens et répartissent le prix selon le taux de répartition du capital social.

La compétence géographique

Les SPL ne peuvent intervenir que sur le territoire des actionnaires et uniquement pour leur compte.

Cette deuxième limitation constitue une distinction importante par rapport aux SEML, puisque les SEML peuvent très bien agir pour des collectivités ou des personnes publiques non actionnaires de la SEML.

En clair, les SPL ne peuvent se porter candidates qu'à l'attribution de contrats de prestations pour leurs actionnaires.

Intérêts de la SPL : l'absence de publicité et de mise en concurrence

Le but de la SPL est précisément de permettre à des collectivités de gérer des services publics ou des activités d'intérêt général par l'intermédiaire d'une société privée sans publicité ni mise en concurrence préalables. Les collectivités actionnaires demeurent les autorités disposant de l'exercice de la compétence considérée et du pouvoir de décision, la société étant l'entité exécutant la compétence.

L'attribution d'un contrat (qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une délégation de service public) n'est donc en principe pas soumise à une obligation de publicité, hors application du règlement européen, ou de mise en concurrence préalables.

En effet, la prestation ainsi confiée à une SPL constitue une prestation « in house » ou intégrée puisqu'elle répond aux conditions posées par la jurisprudence communautaire à savoir :

- La collectivité doit exercer sur la société attributaire du contrat un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
- La société attributaire doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent³.

S'agissant du critère du contrôle analogue, il convient de préciser que la jurisprudence communautaire a reconnu que ce contrôle est établi quand bien même il émane de plusieurs autorités adjudicatrices⁴.

La volonté du législateur a clairement été de permettre aux collectivités de bénéficier des avantages des prestations intégrées dont l'attribution déroge aux règles de publicité et de mise en concurrence.

³ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, précité

⁴ CJCE 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04 ; CJCE 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07

Les contraintes de la SPL

La simple constitution d'une SPL répondant aux règles fixées par le code général des collectivités territoriales et le code de commerce ne suffit pas à garantir l'existence d'une prestation « *in house* ».

En effet, la loi est muette sur la manière dont le contrôle de la collectivité sera exercé. Ainsi, quand bien même les collectivités actionnaires détiennent l'ensemble du capital, la prestation intégrée ne sera pas caractérisée dès lors que la structure jouit d'une certaine autonomie qu'elle met au profit de la poursuite d'un objectif purement commercial. La structure ne doit pas laisser apparaître une vocation à intervenir sur le marché concurrentiel.

Par conséquent, il est utile de prévoir des comités de pilotage ou stratégiques assurant un contrôle effectif des décisions prises au sein des organes collégiaux. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs refusé de reconnaître la condition du contrôle analogue dans le cadre d'une commune ne détenant qu'une faible partie du capital de la société et ne disposant pas d'un réel pouvoir de décision (CE, 16 octobre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, req. n°365.079).

Depuis le 1er avril 2016, les SPL ont l'obligation d'appliquer le régime général des marchés pour l'attribution des contrats nécessaires à l'exécution de leur mission

En application des articles 9 et 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics les acheteurs publics ou privés sont soumis à l'ordonnance qu'ils soient pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

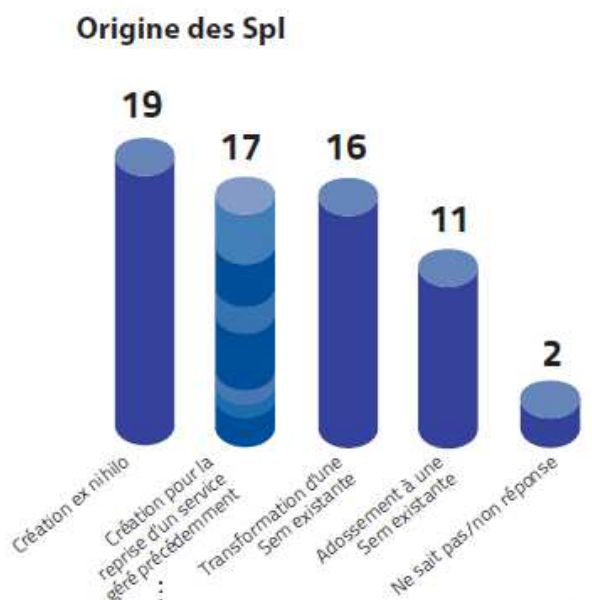
a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun

Les SPL perdent donc ainsi la possibilité d'appliquer l'ordonnance du 6 juin 2005 pour l'attribution des contrats qui prévoyait des règles plus souples que le code des marchés publics sur certains points.



Source : Fédération des EPL (Etude de création des SPL 2014)

1.4. La procédure de transformation de la SEM en SPL

L'article 1^{er} de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 1531-1 du CGCT, permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer des sociétés publiques locales (SPL) dont ils détiennent la totalité du capital. Une circulaire en date du 29 avril 2011 est venue apporter des précisions sur le régime juridique applicable aux SPL. Par dérogation à l'art. L. 225-1 du livre II du code de commerce, ces sociétés qui revêtent la forme de société anonyme sont composées d'au moins deux actionnaires.

La transformation d'une SEML en SPLA ou en SPL est soumise aux modalités prévues par le code du commerce en son livre II (*articles L. 225-243 et suivants*).

Elle nécessite la modification des statuts de la SEM, en application des dispositions prévues pour la modification desdits statuts.

La modification devra notamment prévoir :

- les modalités de rachat des actions détenues par les investisseurs privés ;
- la participation d'au moins 2 actionnaires (qui seront des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités) au capital de la SPL, étant précisé que l'un d'entre eux devra disposer d'au moins la moitié des droits de vote ;
- la cession des parts de capital des actionnaires de droit privé qui devra être opérée pour tirer les conséquences de la modification des statuts pourra se faire soit par rachat de ces parts par la société, dans les limites prévues par la loi, soit par leur rachat par les autres actionnaires ou nouveaux actionnaires (prise de participation).

Grand Angoulême devra par délibération s'être favorablement prononcée sur les modifications statutaires et relatives au capital avant la convocation de l'assemblée générale extraordinaire de la SEM appelée à approuver ces modifications. La délibération de la collectivité est prise selon les conditions de majorité fixées par l'article L. 2121-20 du CGCT (majorité absolue des suffrages exprimés).

L'accord préalable des actionnaires privés devra être recueilli puisque l'actionnaire, en tant que membre de la société, ne peut être privé de cette qualité sans son consentement (articles 544 et 1134 du Code civil).

En effet, contrairement aux sociétés d'économie mixte locales (SEML), les sociétés publiques locales (SPL) ne peuvent être détenues que par des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales. La transformation d'une SEML en SPL aura

donc nécessairement des incidences sur le capital social de la société - composition, répartition et éventuellement montant - et sur les organes décisionnels de la société.

L'alinéa 3 de l'article L. 1524-1 du Code Général des Collectivités Territoriales dispose que : «à peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une société d'économie mixte locale ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification. Le projet de modification est annexé à la délibération transmise au représentant de l'Etat et soumise au contrôle de légalité dans les conditions prévues aux articles L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2, L. 5211-3, L. 5421-2 et L. 5721-4. »

Ainsi, outre l'approbation par les organes de la SEML conformément aux règles de droit commun applicables aux sociétés anonymes, la transformation d'une SEML en SPL doit faire l'objet d'une approbation préalable par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou groupements actionnaires

La consultation de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du CGCT n'est que facultative pour la délégation à une SPL (nouvel article L. 1411-9 du CGCT).

La délibération de l'agglomération et de la (ou des) collectivité(s) partenaire(s) devra préciser :

- le principe de la création d'une SPL par transformation de la SEM,
- le montant du capital social de la SPL,
- le montant et pourcentage de participation de chaque collectivité,
- les conditions de retrait des actionnaires privés et, le cas échéant, des actionnaires publics ne souhaitant pas se maintenir au capital,
- la désignation des représentants élus au sein de la SPL ainsi que son président, et plus largement de l'ensemble des mandataires sociaux,
- l'approbation du projet de statuts.

Les délibérations sont transmises au contrôle de légalité préalablement à la signature des statuts par l'exécutif de chaque collectivité.

La société est immatriculée au RCS et les statuts enregistrés auprès des services fiscaux. La création de la société fait ensuite l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales (JAL) et au bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC).

Les délais prévisionnels de création d'une société publique locale dépendent des délais de réalisation suivants :

- convocation des assemblées délibérantes des futures collectivités actionnaires en vue de la constitution de la SPL, selon les règles du CGCT et du Code de commerce ;
- délibération des assemblées délibérantes des futures collectivités actionnaires sur la constitution de la SPL après un délai minimal de 15 jours à compter de l'envoi des convocations (article R. 225-69 du Code de commerce);
- signature des statuts de la SPL par les exécutifs des collectivités actionnaires ;
- publication des statuts de la société (journal d'annonces légales) ;
- enregistrement de ces statuts au RCS et services fiscaux (un mois environ).

Au total, la durée prévisionnelle de création d'une SPL est d'environ six mois.

En cas de SEM existante, les délais sont ceux de convocation et de tenue des assemblées délibérantes de toutes les collectivités territoriales souhaitant créer la SPL ou déjà actionnaires de la SEM.

L'opération peut être réalisée par dissolution de la SEM, résultant de la réunion de toutes les actions en une seule main, en l'espèce, la SPL, conformément aux dispositions du code civil (*article 1844-5, alinéa 3*).

La création d'une SPL par dissolution de la SEM préexistante est plus complexe à mettre en œuvre. En conséquence, il est vivement conseillé, pour créer une SPL, de privilégier la procédure visant à modifier les statuts de la SEM.

1.5. Quelle capacité financière pour une SPL Transport ?

S'agissant des SPL de transport, il convient de relever que, depuis l'adoption du décret du 28 décembre 2011, l'article 6-1 du décret n°85-891 du 16 août 1985 récemment modifié prévoit que « *I. Il est satisfait à l'exigence de capacité financière mentionnée au II de l'article 2 lorsque l'entreprise démontre, conformément au V du présent article, qu'elle dispose chaque année de capitaux et de réserves d'un montant au moins égal à 1 500 euros pour chaque véhicule n'excédant pas neuf places, conducteur compris, et, pour les véhicules excédant cette limite, 9 000 euros pour le premier véhicule et 5 000 euros pour chacun des véhicules suivants* ».

Dès lors, la capacité financière d'une SPL pour être inscrite au registre des transporteurs exige de disposer d'un montant au moins égal à 1 500 euros pour chaque véhicule n'excédant pas neuf places et de 9.000 euros pour le premier véhicule de plus de 9 places et de 5.000 euros par véhicule pour les suivants.

I.6. Comparaison des montages

	SEM	SEMOP	SPL	Régie
Actionnariat	*2 actionnaires (SA) *15 à 49% d'actionnariat privé	*2 actionnaires *15 à 66% d'actionnariat privé	*2 actionnaires *100% public	*Conseil d'administration composé d'élus de la collectivité de rattachement *Directeur agent de droit public
Contractualisation	DSP ou marché avec l'AO	DSP ou marché avec l'AO	Convention OSP avec l'AO	Convention OSP avec l'AO

	SEM	SEMOP	SPL	Régie
+	*Intervention pour des tiers / hors territoire *Apport technique de l'actionnaire privé	*Apport technique de l'actionnaire privé	*Pas de mise en concurrence (sous réserve du « contrôle analogue »)	*Pas de partenaire nécessaire *Pas de mise en concurrence *Intervention pour des tiers / hors territoire (encadrée)
-	*Doit être mise en concurrence	*Doit être mise en concurrence (pour l'entrée au capital) *Monocontrat	*Trouver un actionnaire public qui ait la compétence *Capital social *Intervention sur le territoire, pour les actionnaires	*Risque porté à 100% par l'AO de rattachement, responsabilités accrues *Comptabilité et règles de gestion publique

II. Gestion confiée à un tiers

En gestion déléguée, la collectivité choisit le type de contrat qui correspond à ses attentes et met en concurrence les entreprises susceptibles de répondre à ses besoins .

II.1. La délégation de service public / la concession

Il y a deux catégories de concession : les concessions de travaux et les concessions de service. Pour les contrats confiant tant la réalisation de travaux que de services, l'article 6 de l'ordonnance concession de 2016 prévoit que le critère déterminant est l'objet principal.

La délégation de service public fait partie des concessions. La condition supplémentaire est que la convention de délégation confie la gestion d'un service public, avec ou sans travaux.

La concession est caractérisée par les éléments suivants :

- Critère organique : une autorité concédante ;
- Critère matériel : l'exécution de travaux ou la gestion d'un service ;
- Critère financier : le transfert de l'autorité concédante à l'opérateur économique du 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.

II.1.A. Préambule sur la notion de risque

Dans sa version précédant l'entrée en vigueur de la réforme des concessions de service public, l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit les délégations de service public de la manière suivante :

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

La jurisprudence a interprété ce critère en indiquant que la rémunération dite substantielle :

- Doit faire porter « au moins en partie le risque financier de l'exploitation » au Déléataire
⇒ CAA Bordeaux, 9 juillet 2001, Société ONET CARS, n°97BX01801
- N'est pas obligatoirement majoritaire
⇒ CE, 30 juin 1999, SMITOM n° 198147 : constitue une DSP, une convention fixant à seulement 30%, la part de la rémunération liée aux recettes d'exploitation
- Peut être particulièrement réduite pour des services déficitaires comme le transport
⇒ CAA Marseille, 5 mars 2001, Département du Var, n° 99MA01751 : constitue une DSP une convention dans laquelle l'AO couvrirait 90% du déficit d'exploitation.
- Peut inclure des recettes publiques si elles sont liées aux résultats d'exploitation
⇒ CE Département de la Vendée du 7 novembre 2008, n° 291794 : constitue une DSP une convention où les recettes d'exploitation sont caractérisées à 93 % par des recettes scolaires, elles-mêmes prises en charges à hauteur de 80% par le Département puisque cette prise en charge varie avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service.

Dans le cadre de l'arrêt CAA Marseille, 28 avril 2014, Préfet des Bouches du Rhône, n°12MA00238, le juge administratif a qualifié de délégation de service public une convention contractualisant la gratuité des titres de transport.

« La circonstance que le délégataire ne perçoive plus de recettes liées au paiement par les usagers de titres de transport est, en l'espèce, sans incidence sur l'économie globale du contrat et sur l'existence d'un risque d'exploitation pour le délégataire. »

Dans cette analyse, le risque d'exploitation est caractérisé grâce à sans perception de recettes directes, notamment :

- Une rémunération versée par l'AO assise sur la fréquentation du service
- Plus largement, des recettes non forfaitaires (recettes accessoires, intéressement qualité)
- Un engagement sur les dépenses et la fréquentation.

Plus globalement, le juge apprécie l'existence d'un risque de perte significatif pour le Déléataire, avec la possibilité d'une mise en péril de l'équilibre économique (CE 5 juin 2009, Société Avenance – Enseignement et Santé, n°298.641, conclusions B. Dacosta, BJCP n°66, octobre 2009, p.393).

La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession a introduit une réforme du droit des concessions de service public au sein de l'Union. Cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

La délégation de service public telle que définie par l'ordonnance est la suivante :

« 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. »

Cette redéfinition ne reprend pas la notion de rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » et consacre le risque lié à l'exploitation comme un critère de la délégation de service public.

Cette notion de risque n'est cependant pas explicitée par le texte, qui se borne à présenter de façon assez générique ses conditions d'apparition.

Ainsi, ce risque doit être présent de deux façons alternatives :

- **soit le délégataire est exposé à un risque de perte non négligeable** : il s'agit alors de démontrer que le mécanisme du contrat peut entraîner pas nécessairement un déficit (perte « potentielle »), mais en tout cas une possibilité d'une plus faible rentabilité, laquelle ne doit pas être purement symbolique.
- **soit le délégataire est exposé aux aléas du marché**, de sorte qu'il n'est pas sûr d'amortir ses investissements : cette définition est ambivalente puisqu'elle peut signifier (i) le fait que le délégataire est exposé à une baisse de fréquentation (impact sur les recettes – risque commercial) ou (ii) le fait que le délégataire est exposé à une modification des conditions d'exploitation (impact sur les charges – risque industriel).

Malgré les incertitudes sur la portée de cette nouvelle définition (qui résulte directement du droit communautaire et ne correspond pas dans sa formulation aux notions du droit français), on peut considérer qu'elle est globalement moins contraignante puisqu'elle se réfère à des pertes plus que symboliques ou des aléas plus larges que la fréquentation.

En première approche, en restant toujours dans le cadre d'une DSP, la différenciation entre la régie intéressée et la délégation de service public concerne principalement le portage des risques financiers par les parties.

En délégation de service public, le délégataire porte les risques industriels et commerciaux, soit les risques liés aux charges du service d'une part, aux recettes du service d'autre part.

Les risques portés par le délégataire l'incitent à optimiser les charges et les produits du service tout au long du contrat ; en effet, des charges plus élevées ou des recettes plus faibles que les montants prévisionnels chiffrés au moment de la mise en concurrence réduisent son résultat prévisionnel.

La contrainte et l'incitation financières caractérisent la délégation de service public et constituent en principe un atout financier par rapport à la régie. L'Autorité Organisatrice bénéficie d'un engagement de l'opérateur sur la durée du contrat.

La concurrence au cours de la procédure est ainsi un facteur majeur de prise de risque du délégataire. L'intensité concurrentielle dans un secteur et plus particulièrement sur un territoire est un facteur clé pour l'optimisation financière en délégation de service public.

La réalité des risques en DSP est également conditionnée par la capacité de contrôle et de suivi de l'AO sur tout le cycle contractuel :

- Une analyse des offres et une négociation efficaces, basées sur une bonne connaissance de l'économie du service et des offres financières détaillées
- Une information financière solide tout au long du contrat
- Des moyens humains et une organisation assurant le suivi du contrat et le contrôle des comptes et des montants versés au délégataire
- L'absence de mécanismes de compensations, notamment par des avenants qui seraient éventuellement trop favorables

II.1.B. Les catégories de délégations de service public

Comme son nom l'indique, le but de ce type de contrat est bien de confier à un exploitant la responsabilité d'une partie du service public et donc de décharger corrélativement l'autorité organisatrice de la relation avec les usagers, ce qui n'exclut évidemment pas un contrôle *a priori* (les obligations définies par le contrat) et *a posteriori* (le rapport du délégataire) sur les conditions d'exécution de l'exploitant.

Sur le plan financier, la convention de délégation de service public doit refléter cette responsabilité du délégataire en prévoyant des mécanismes faisant varier de façon significative sa rémunération par rapport à la performance de son exploitation : il est donc logique que dans le cadre de sa prise de risque, le délégataire puisse bénéficier d'une certaine autonomie de gestion, que le contrat vise précisément à définir et à encadrer.

A cet égard, il convient de rappeler que le droit antérieur à la loi Sapin distinguait traditionnellement quatre catégories de gestion du service public, à savoir :

- la concession,
- l'affermage,
- la régie intéressée et
- le contrat de gérance

qui donnent aujourd'hui des indications sur la façon de bâtir une délégation de service public, étant précisé qu'il ne s'agit pas de catégories ayant une valeur officielle et qu'il est loisible de combiner différents éléments afin de répondre au mieux à l'attente de l'AOTU.

✓ **L'affermage**

Caractéristiques	Collectivité délégante	Entreprise exploitante
Objet	Charge et réalisation de l'investissement nécessaire au fonctionnement du service public Mise à disposition de ces investissements à l'exploitant	Chargé de l'exploitation
Perception des recettes / Paiement des charges		Charges d'exploitation + recettes commerciales
Rémunération		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Redevances sur les usagers ▪ <u>Contribution financière forfaitaire</u> : correspond au déséquilibre prévisionnel d'exploitation résultant de la consistance des obligations de service public et des tarifs arrêtés au contrat intégrant éventuellement des compensations tarifaires
<p>Le délégataire a la responsabilité de la production et de la commercialisation du service et des charges d'exploitation qui en découlent, supporte l'aléa commercial et est propriétaire des recettes tarifaires. Il ne supporte pas l'essentiel des investissements.</p>		

✓La concession

Caractéristiques	Collectivité délégante	Entreprise exploitante
Missions	Contrôle	Investissement + exploitation du service public confié
Perception des recettes / Paiement des charges		Charges d'exploitation + recettes commerciales
Rémunération		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Redevances sur les usagers ▪ <u>Contribution financière forfaitaire</u>: correspond au déséquilibre prévisionnel d'exploitation résultant de la consistance des obligations de service public et des tarifs arrêtés au contrat intégrant éventuellement des compensations tarifaires

Le délégataire a la responsabilité de la production et de la commercialisation du service et des charges d'exploitation qui en découlent, supporte l'aléa commercial et est propriétaire des recettes tarifaires. Il supporte également l'investissement.

✓ **La régie intéressée**

La régie intéressée⁵ est un contrat par lequel la Collectivité confie l'exploitation du service à un exploitant (le régisseur) qui se rémunère au regard du respect des objectifs de performance ou de maîtrise des coûts. La régie intéressée est un type de contrat qui se situe entre la gestion en marché public et la délégation.

La régie intéressée reste cependant une forme de délégation de service public, puisque la rémunération du régisseur est en partie liée aux résultats d'exploitation.

Caractéristiques	Collectivité délégante	Entreprise exploitante
Missions	Investissement	Exploitation
Perception des recettes / Paiement des charges	Charges d'exploitation sur la base d'un budget d'exploitation établi contractuellement Recettes commerciales	
Rémunération		Prime variable en fonction des résultats sur la base d'un ou plusieurs critères d'intéressement tels que la fréquentation, les recettes, la maîtrise des charges, la qualité de service.
L'exploitant assume un risque « amorti » dans le cadre duquel il n'est pas responsable des charges mais verra sa rémunération liée au respect des objectifs fixés.		

Dans le cadre d'une régie intéressée **au sens doctrinal** du terme, la collectivité assume le risque puisqu'elle est exposée au défaut de maîtrise des charges alors que l'exploitant limite son risque à celui d'une absence de rémunération, voire à une rémunération négative, en versant une somme à l'autorité délégante si les critères de performance ont été sérieusement dégradés.

Le régisseur intéressé est d'ailleurs regardé comme agissant pour le compte de la collectivité et non pour son propre compte. L'article R. 2222-5 du Code général des collectivités territoriales prévoit que :

*«Les entreprises qui exploitent des services en régie intéressée sont soumises, pour tout ce qui concerne l'exploitation et les travaux de premier établissement à **exécuter pour le compte de l'autorité concédante**, à toutes les mesures de contrôle et à la*

⁵ A ne pas confondre avec la notion de régie au titre de la gestion internalisée.

*production de toutes les justifications que les règlements administratifs imposent aux **régisseurs d'avances** ».*

Dès lors, le régisseur intéressé doit être considéré comme gérant des deniers publics et non des recettes privatives et doit se conformer aux dispositions du décret n°97-1259 du 29 décembre 1997 relatif aux régies de recettes et d'avances des collectivités locales et des établissements publics locaux.

La notion de régie intéressée dans un sens plus actuel s'oriente davantage par une maîtrise plus directe des charges par l'exploitant tout en limitant l'impact d'un dépassement afin de tempérer le risque d'exploitation et ne pas devoir trop rémunérer ce risque.

Il s'agit alors de ne pas forfaitiser toutes les charges ou bien d'encadrer les risques de dépassement par un partage de leur prise en charge. Dans ces conditions, la notion de régie au sens de la comptabilité publique n'a plus lieu de s'appliquer puisque le délégataire reste maître de l'exploitation et peut être considéré comme propriétaire des recettes.

II.1.C. La flexibilité du contrat avec l'ordonnance de 2016

Les conditions de modification des contrats de concession sont précisées par le décret d'application de l'ordonnance du 29 janvier, et ce dans un cadre juridique très contraint imposé par l'article 43 de la Directive Concession.

Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% est soumis pour avis à la commission visée à l'article L. 1411-5.

A cette disposition vient se superposer la contrainte délibérative car tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante préalablement informée de l'avis de la CDSP.

Par ailleurs, l'article 36 Décret précise que le contrat de concession peut être modifié que lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;

Cette volonté de fixer dès la conclusion du contrat la nature des modifications "acceptables" va rendre moins souple le suivi des contrats de DSP.

Il conviendra également d'être vigilant lors de l'adoption d'un avenant entraînant des modifications qui « si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient

attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue » qui reste une formulation vague qui ne devrait pas manquer de donner lieu à des recours.

II.1.D. Régimes financiers en DSP

On distingue deux formes de régime financier principalement :

- La contribution financière forfaitaire (CFF)
- Le forfait de charges

II.1.D.a. La contribution financière forfaitaire

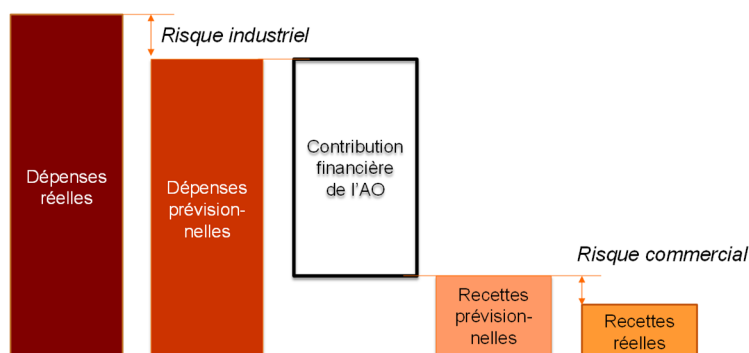
Il s'agit du contrat actuel.

Dans ce contrat, le Délégué est propriétaire des recettes du service, notamment des recettes de la vente des titres.

Il perçoit en outre une contribution financière forfaitaire (CFF) versée par l'Autorité Délégante (AD), calculée comme la différence entre les charges et les recettes prévisionnelles forfaitaires.

Le risque découle directement de l'estimation réalisée au stade de la mise en concurrence, traduite par le montant de CFF, sans contrôle systématique nécessaire des recettes et/ou charges réelles.

Le schéma et les risques afférents sont repris ci-dessous.



Le Délégué est propriétaire des recettes et récupère la TVA acquittée sur ses charges par la voie fiscale (déduction).

En conséquence, l'AD ne perçoit pas les recettes du service et donc la TVA afférente.

Au terme de la réforme dite de la « TVA immobilière » (instruction fiscale du 29 décembre 2010) et de la suppression du transfert de droit à déduction de la TVA au 1er janvier 2016, l'AD peut désormais récupérer la TVA par la voie fiscale grâce à une redevance de mise à disposition perçue auprès du Délégué.

Les biens mis à disposition par l'AD pour le service donnent lieu à une redevance, assujettie à TVA dès lors qu'elle n'est pas symbolique, afin d'assurer le caractère onéreux de cette mise à disposition. L'AD encaisse alors de la TVA qui lui permet de pratiquer la déduction.

Zoom sur les réformes récentes de la TVA

Instruction 3 A-9-10 du 29 décembre 2010 (§54) : la redevance qu'une collectivité est susceptible de percevoir comme rémunération de la mise à disposition des investissements est assujettie à TVA.

- ⇒ Instruction BOFIP 10-20-10-10 du 1er août 2013 : s'applique aux redevances portant sur les biens mis à disposition des délégués.
- ⇒ La redevance assujettie fait de la collectivité un assujetti qui récupère directement la TVA.
- ⇒ Récupération sur l'investissement et le fonctionnement
- ⇒ A l'inverse, une Autorité Déléguée ne percevant pas de redevance, ou percevant une redevance symbolique ou dérisoire, n'a pas le caractère d'assujetti.

L'autorité délégante assujettie grâce à la redevance de mise à disposition

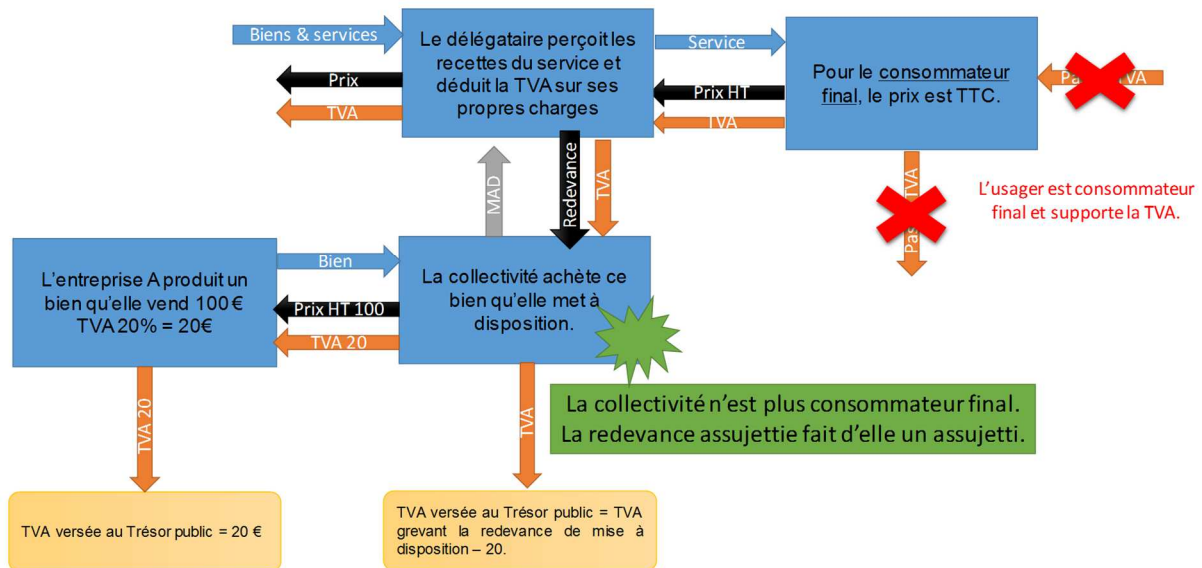


Schéma issu de l'ouvrage « **Comprendre la TVA et ses évolutions pour optimiser son impact et sécuriser sa récupération** », AL Rodier & Me JC Chocque, Décembre 2016, Editions Territorial

Sont concernées :

- Les redevances domaniales
- Les redevances de mise à disposition de biens loués ou mobiliers

Se pose principalement la question du chiffrage de cette redevance.

Le lien direct entre un service (ou un bien) et sa rémunération peut être établi sans que la rémunération ne corresponde à la valeur économique (BOFIP TVA CHAMP 10-20-10-10).

La condition est une relation entre le prix et le service, sans nécessité d'une proportionnalité entre le prix et la valeur du service. La difficulté tient à l'appréciation de cette relation. Or le chiffrage impacte en l'occurrence la CFF donc la taxe sur les salaires.

A noter en outre une incertitude sur l'assujettissement des redevances domaniales. En effet, une jurisprudence récente va à l'encontre de la position de l'administration fiscale : CAA Nantes 10 décembre 2015 n° 14NT01907 Syndicat mixte des ports normands associés / Min Finances

« cette mise à disposition ne constituant pas une opération entrant dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée dès lors, d'une part, que réalisée dans le cadre

d'un régime juridique dérogatoire au droit commun, elle était accomplie par le syndicat mixte en qualité d'autorité publique, ... »

La position du Conseil d'Etat est attendue sur ce sujet.

Le cas échéant, quel impact pour les DSP ? A noter que les redevances domaniales ne concernent qu'une partie des biens mis à disposition dans le cadre d'une DSP transport.

A noter : obligation d'une redevance pour le domaine public

Article L. 2125-1 du CG3P : toute occupation ou utilisation privative du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance ; dérogations notamment lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle de la présence d'un ouvrage ou lorsqu'elle contribue à assurer la conservation du domaine public lui-même.

En outre, depuis la circulaire NOR INTB160197ON en date du 8 février 2016, le recours au FCTVA est possible en l'absence de redevance ou en cas de redevance dérisoire ou symbolique (donc non assujettie à TVA).

II.1.D.b. Le contrat à forfait de charges

Les contrats « à forfait de charges » sont comparables à des régies intéressées.

Dans ce type de contrat, la collectivité verse un montant correspondant aux charges prévisionnelles.

La rémunération s'apparente à un prix, comparable au marché public.

Elle est assujettie à TVA.

La collectivité est propriétaire des recettes. Elle encaisse la TVA afférente et peut pratiquer la déduction.

Elle récupère ainsi notamment la TVA acquittée sur le forfait de charges.

Le Déléguataire collecte les recettes pour le compte de la collectivité.

Une variabilité de la rémunération liée principalement aux recettes commerciales et/ou à la fréquentation réintroduit le risque inhérent à la délégation de service public.

Cette forme de contrat, qui se développe sur les grands réseaux, soulève plusieurs questions :

- ⇒ Quelles conditions pour assurer le statut d'exploitant fiscal de l'AO ? Impact sur la répartition des rôles ? le portage des investissements ? la communication ?
- ⇒ Quel transfert du risque commercial, qui ne passe plus par l'encaissement direct des recettes et leur variation potentielle ? Comment le maintenir au moins en partie sur le délégataire ? L'AO dispose-t-elle des outils adaptés (contrôle des recettes, mesure de la fréquentation) ?
- ⇒ Nécessité de mise en place d'une régie de recettes ? Quel impact le cas échéant ?

II.1.D.c. Comparaison des montages

	DSP avec CFF	DSP avec forfait de charges
Atouts	Simplicité du dispositif (transfert du risque) Redevance : vision de l'économie globale du contrat	Economie TS
Faiblesses	Si récupération TVA / redevance : majoration TS Si récupération TVA / FCTVA : manque à gagner	Régie de recettes ? Quelles conditions pour assurer le statut d'exploitant fiscal de l'AO ? Quel transfert du risque commercial ?

II.1.E. Affermage vs concession

Comparaison des délégations de service public de type affermage et concession

En affermage, les investissements sont portés par l'AO.

En concession, les investissements sont portés par le délégataire.

- Il est alors nécessaire de disposer d'un programme d'investissement au lancement du contrat.
- Quelle capacité financière du délégataire pour porter les projets d'investissement ?

Les deux montages sont comparés ci-dessous :

	Affermage	Concession
Atouts	Dissociation exploitation / inv. : recherche d'une solution plus souple / de capacités financières accrues sur l'investissement	Simplicité de gestion : interlocuteur unique Intégration de la gestion de la maintenance et des investissements
Faiblesses	Perte de mutualisation / intégration de la gestion maintenance / investissements ? Efficacité et coût.	Nécessite de prévoir le programme d'investissement au lancement du contrat Capacité de la SEM à porter les investissements ?

II.1.F. Procédure

La procédure de délégation de service public se caractérise par une formalisation des étapes de discussions avec les candidats tout en ménageant une réelle souplesse.

Avec la nouvelle ordonnance et en l'attente d'une décision de jurisprudence, seule une procédure restreinte est possible : choix des candidats admis à déposer une offre puis analyse des offres.

Les étapes de la procédure :

- a) Publication d'un avis de préinformation
- b) Avis du CT et de la CSDP au vu du présent rapport ;
- c) Décision sur le principe de la délégation et le lancement de la procédure ;
- d) Publication d'un avis d'appel public à la concurrence ;
- e) Réception des candidatures
- f) Ouverture des plis contenant les candidatures par la Commission de délégation de service public ;
- g) Analyse des candidatures par les services et l'assistance à maîtrise d'ouvrage de la collectivité, établissement de la liste des candidatures sélectionnées par la Commission de délégation de service public ;
- h) Envoi du DCE aux candidats dont la candidature a été retenue ;
- i) Réception des offres ;
- j) Ouverture des plis contenant les offres des candidats ;
- k) Analyse des offres par la Commission de délégation de service public ;
- l) Avis consultatif de la Commission de délégation de service public sur les offres, la Présidente engage les discussions avec les candidats de son choix ;
- m) A la fin de la phase de négociation, la Présidente fait le choix de l'entreprise délégataire ;
- n) Délibération de l'Assemblée sur le choix de la Présidente au vu des rapports qui sont communiqués aux élus. Les rapports doivent comporter les raisons du choix de l'entreprise retenue, l'apport sur le contrat résultant des négociations et l'économie générale de la convention de délégation de service ;
- o) Transmission au contrôle de légalité de la délibération, affichage et publication ;
- p) Publication d'un avis d'intention de conclure (art. R.1411-2-1 du CGCT) ;
- q) Signature de la convention, 11 jours minimum après la publication de l'avis d'intention de conclure ;
- r) Transmission au contrôle de légalité des documents de la consultation ;
- s) Notification de la convention de délégation de service public ;
- t) Publication d'un avis d'attribution (art. R. 1411-2-2 du CGCT).

II.2. Le marché public

II.2.A. Préambule sur la notion d'offres négociées

La procédure de passation d'un marché négocié ne saurait aujourd'hui être envisagée, pour un marché de service de transport public. En effet, dans un arrêt du 14 décembre 2009, le Conseil d'Etat a exclu la possibilité pour les collectivités territoriales de se prévaloir du titre II du Code des Marchés Publics pour ce type de marchés.

« Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Orléans, saisi par la société Kéolis Centre, dont l'offre avait été rejetée concernant 15 des 18 lots d'un marché de transports scolaires pour lesquels elle avait soumissionné, a annulé la procédure de passation de ces 18 lots au motif que le département n'agissait pas en l'espèce en tant qu'opérateur de réseau au sens des dispositions de l'article 135 du code des marchés publics et ne pouvait dès lors recourir, en tant qu'entité adjudicatrice, à une procédure négociée sur le fondement de l'article 144 du même code. » (CE, 14 décembre 2009, Département du Cher, req. n° 330052)

Des dispositions analogues perdurent dans les nouveaux textes.

L'absence de négociation est un frein majeur pour les collectivités.

II.2.B. Définition

Le marché public se définit comme un contrat conclu à titre onéreux passé par une personne publique pour la satisfaction de ses besoins (article 4 de l'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

Il est usuellement considéré que, dans le cadre d'un marché public, le pouvoir adjudicateur conserve la responsabilité du service public et ne sollicite que des prestations de services, de fournitures ou de travaux afin de l'accompagner dans sa mission.

Pourtant, la jurisprudence admet qu'un rôle plus important soit confié au titulaire d'un marché public, lequel peut avoir pour objet l'exploitation d'un service public (CE, 14 octobre 1988, Soc. SOCEA-BALENCY, req. n° 68.583).

A la différence d'une délégation de service public, le titulaire du marché ne saurait assumer un risque d'exploitation : le mécanisme de sa rémunération devrait neutraliser tout risque d'exploitation commercial.

Ainsi, sur le plan des principes, rien ne s'oppose à la passation d'un marché public.

Il reste toutefois que des difficultés pratiques importantes peuvent subvenir.

Tout d'abord, la notion de marché public ne prévoit pas l'hypothèse d'une réelle « délégation » à l'exploitant : il est donc nécessaire de bien définir contractuellement le degré de responsabilités assumé par le titulaire.

Ensuite, se pose la question de la forme du marché, en particulier au niveau des prix : ceux-ci peuvent être unitaires ou forfaitaires, voire mixtes, tout en prévoyant qu'une partie est perçue directement sur l'utilisateur : il y a donc une complexité importante pour l'autorité organisatrice quant à la définition des modalités de paiement et en conséquence la définition précise du besoin à satisfaire au travers d'un cahier des charges.

En outre, le principe posé à l'article 32 de l'ordonnance de juillet 2015 est celui de l'allotissement. Il est donc nécessaire de pouvoir justifier sur le plan technique ou économique le recours à un contrat global (exploitation, maintenance, commercialisation, ingénierie, ...).

« Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. »

Ainsi, le recours au marché public, s'il est parfaitement envisageable, nécessite une réflexion préalable importante pour permettre une définition précise des besoins à satisfaire.

II.2.C. Procédure

Le recours au marché public peut se révéler plus complexe en raison de la relative rigidité de la procédure de passation.

L'agglomération va devoir avoir recours à la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, c'est à dire une procédure **ne permettant pas une phase de négociation avec les candidats**.

En effet le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise bien que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif que dans les cas suivants :

1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;

3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;

4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;

5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;

6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Les conditions restrictives ne peuvent être levées dans le cadre d'un marché de transport.

✓ **L'appel d'offres ouvert ou restreint**

La différence essentielle entre l'appel d'offres ouvert et restreint est que, dans le second cas, la sélection des candidatures et des offres fait l'objet de deux étapes bien distinctes.

La durée de la procédure est variable puisque l'acheteur doit fixer les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure décrite aux articles 66 à 76 du décret marché soit trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché voir trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

Par ailleurs lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

En réalité, compte-tenu de la complexité relative à la conception du marché, puis à son analyse, il faudrait envisager un délai de l'ordre de 6 à 8 mois.

Dans les deux cas, l'énoncé de critères de choix est obligatoire ainsi que leur pondération.

En d'autres termes, il y a donc une formalisation marquée de la procédure – ce qui rend plus difficile de confier par ce biais la gestion de l'ensemble d'un service public.

II.2.D. Le partenariat

Les marchés de partenariat visent à confier une mission globale à un opérateur en vue de la construction, la transformation ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ainsi que tout ou partie de leur financement. Le titulaire peut se voir confier la perception des recettes sur l'usager pour le compte de la personne publique.

Le principe d'un **seuil de recours au marché de partenariat** a été conservé dans l'ordonnance marché du 23 juillet 2015.

Le décret, fixe le seuil de recours au marché de partenariat à **10 millions d'euros HT** quand le contrat porte sur des ouvrages d'**infrastructure de réseau**, notamment dans le des **transports**.

Par ailleurs une évaluation préalable de l'intérêt de ce montage contractuel par rapport aux marchés publics classiques, doit être démontrée par l'agglomération.

L'évaluation préalable prévue à l'article 40 du nouveau code se réalise dans les conditions prévues à l'article 75 :

« La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. »

Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

II.3. Points clés d'une gestion confiés à un tiers par marché

Points clés d'une gestion confiée à un tiers par marché

L'autorité organisatrice confie l'exécution d'un service prédéfini.

Ce contrat se caractérise par l'absence de négociation : la réforme de la commande publique ne modifie pas ce point.

Le risque commercial est porté par l'AO. Un intéressement à la fréquentation peut être prévu mais ne peut transférer pleinement le risque commercial.

	DSP	Marché public
Atouts	Négociation Risque porté par le délégataire Possibilité d'intégrer les investissements	Récupération de la TVA par la voie fiscale Pas de taxe sur les salaires
Faiblesses	Problématique fiscale : récupération TVA, TS en cas de contrat à CFF (cf. ci-après)	Pas de négociation Définition complète des services en amont Risque commercial porté par l'AO Régie de recettes Allotissement

III. Opérateur public ou mixte

Dans le contexte d'une gestion déléguée, c'est-à-dire après mise en concurrence, on associera les hypothèses de la SEM et de la SEMOP : il ne s'agit pas à proprement parler de modes de gestion, mais ils associent un rôle spécifique de l'AOTU dans la création de la structure de gestion.

III.1. La société d'économie mixte (SEM)

Les SEM sont des sociétés anonymes dont les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants. Les autres actionnaires doivent détenir au moins 15% du capital social.

Elles sont régies par les articles L 1521 -1 à L1525- 3 du CGCT et du livre II du code du commerce. Malgré la présence de capitaux publics, la société d'économie mixte reste une personne morale de droit privé. Elle est donc régie par les règles du droit commercial, le droit des sociétés ou le droit du travail.

Les SEM ne se voient attribuer un service de transport qu'au terme d'une mise en concurrence, au cours de laquelle les organes élus doivent veiller à ne pas se placer en conflit d'intérêt.

Le choix des actionnaires

Soumise sur ce plan au droit commun des sociétés, une SEM doit être composée d'au moins 2 actionnaires. Le cas échéant la société peut être en cours de constitution lors du lancement de la consultation (CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoit, req. n° 356455).

La **répartition du capital social** doit respecter les règles suivantes :

- au moins 50 % doit être détenu par les collectivités territoriales et leurs groupements
- 15 % par des personnes autres que les collectivités territoriales et leurs groupements
- une personne privée doit participer au capital

Il en résulte que **les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent détenir entre 50 et 84,99 % du capital social** mais les actions composant le reste du capital social devront être détenues par au moins une personne privée et éventuellement par d'autres personnes publiques autres que les collectivités territoriales et leurs groupements.

Afin de préciser les rôles dévolus à chaque actionnaire, il est fréquemment prévu la conclusion d'un pacte d'actionnaires permettant d'envisager les cas éventuels de cessions de titre, d'orientation des votes ou de tout sujet intéressant la vie de la société, afin de ne pas s'en remettre uniquement à un bon fonctionnement potentiel.

- **La détention de moyens financiers suffisants pour constituer le capital social**

S'il n'y pas d'appel public à l'épargne, le capital de la SEM devra être au moins de 37 000 €. Au-delà de la constitution du capital social, la création d'une SEM suppose une mobilisation de moyens financiers pour assurer le fonctionnement de l'entreprise, soit par le biais d'apport en compte courant, soit par l'allocation de garanties d'emprunts.

- **La détention de moyens matériels**

La société d'économie mixte devra disposer des moyens matériels suffisants pour exploiter le service public de transports. Cette contrainte pose la question de la mise à disposition du matériel roulant et plus généralement de l'ensemble de l'outillage et des moyens nécessaires à l'exploitation.

- **La question du personnel**

Les dispositions du code du travail relatives au transfert du personnel s'appliquent de plein droit.

- **L'application de l'ordonnance du 6 juin 2005**

Par ailleurs, la société d'économie mixte est considérée comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et devra donc être soumise au respect de certaines obligations de mise en concurrence de ses propres contrats.

III.2. La société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)

La Société d'économie mixte à opération unique est une composante de la gamme des Entreprises publiques locales, aux côtés des Sociétés d'économie mixte (SEM) et des Sociétés publiques locales (SPL).

La Semop est une catégorie de structure de gestion et non un nouveau type de contrat.

La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. Elle a été traduite dans le code du commerce et le code général des collectivités dans les articles L1541-1 et suivants.

Elle doit être constituée par au moins 2 actionnaires, une collectivité et un opérateur économique comme les sociétés d'économie mixte dont le nombre minimal d'actionnaires est désormais de 2 depuis la réforme du droit des sociétés.

La collectivité locale détient entre 34 et 85 % du capital et l'opérateur privé entre 15 et 66 % des actions. De ce fait, la collectivité peut ne pas être l'actionnaire majoritaire. Cependant, s'agissant de garder un contrôle maximum sur le service, la personne publique doit obligatoirement disposer d'au moins un tiers des voix au sein de l'organe délibérant de la SEMOP et en assurer la présidence.

La Semop permet à une collectivité locale ou son groupement de **lancer un appel d'offres en amont de la constitution de la société**, pour désigner l'actionnaire opérateur qui s'associera avec elle pour l'exécution d'un contrat qui sera attribué à la Semop.

La Semop est mono-contrat. Elle ne peut exercer ses activités que dans le cadre exclusif de l'unique contrat passé avec son actionnaire public. Une fois la période d'exploitation du contrat de transport achevée, la Semop est dissoute de plein droit. A chaque fin de période contractuelle, une nouvelle Semop doit être créée au terme d'une nouvelle procédure de sélection de son actionnaire opérateur.

Pour sélectionner l'opérateur privé qui accompagnera l'AOT, il conviendra de lancer la procédure propre au type de contrat que l'AOTU envisage de conclure (DSP ou marché public) et donc en amont de définir précisément les critères de sélection du partenaire ainsi que le contenu du contrat. A l'issue de la mise en concurrence et de la sélection du candidat, la loi du 1er juillet 2014 prévoit également la publication des statuts de la SEMOP, ainsi que, s'il existe, le pacte d'actionnaires conclu.

Le dispositif suscite quelques interrogations sur son utilisation :

- On peut en particulier s'interroger sur l'organisation d'une consultation dans laquelle les candidats vont se présenter afin d'obtenir un contrat tout en intégrant une structure dans laquelle, statutairement, ils pourront être soumis à une minorité de blocage.
- Une autre question se pose quant aux éventuels contrats d'assistance susceptibles d'être passés avec l'entité mère de l'opérateur concerné, qui sera soumis ou non à mise en concurrence selon le niveau de capital acquis par l'opérateur.

ZOOM : La question de la participation des élus à la procédure

Les SEM ne se voient attribuer un service de transport qu'au terme d'une mise en concurrence, au cours de laquelle les organes élus doivent veiller à ne pas se placer en conflit d'intérêt.

En vertu de l'article L. 1524-5 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), « *les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale.* ».

Si la participation de l'élu mandataire à la délibération de la collectivité territoriale n'entache pas cette dernière d'illégalité, les dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT n'excluent pas pour autant l'application de l'article 432-12 du code pénal.

« *Aux termes de l'article 432-12 du code pénal, la prise illégale d'intérêt est définie comme le fait « pour une personne [...] investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise [...] dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement [...] »*

De fait, la participation à certaines délibérations de la collectivité peut ainsi être constitutive d'une prise illégale d'intérêts, de même que la participation à certains travaux préparatoires y compris en l'absence de prise de part au vote de l'organe délibérant (Cour de cassation, chambre criminelle, 23 février 2011, req. n° 10-82880).

La Cour de cassation a ainsi jugé que lorsqu'un élu local représentait une collectivité au sein d'une société d'économie mixte, le fait de prendre part aux travaux préparatoires ainsi qu'à la délibération décidant de l'octroi du montant annuel de sa rémunération était constitutif d'une prise illégale d'intérêts (Cour de cassation, 8 juin 1999, n° 98-82608).

L'intérêt pris par le prévenu n'est pas nécessairement en contradiction avec l'intérêt général (Cour de cassation, chambre criminelle, 19 mars 2008, req. n° 07-84288 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2008, req. n° 08-82068).

Au regard de ces éléments, afin de se prémunir du risque de prise illégale d'intérêts, il convient pour l'élu mandataire de s'abstenir de participer aux délibérations ou aux travaux préparatoires relatifs à sa désignation comme mandataire de la collectivité au sein de la société et plus généralement aux travaux préparatoires relatifs à la mise en œuvre d'un futur contrat.

ANALYSE CROISEE DES MODES DE GESTION

Même si le passage entre les modes de gestion public et privé n'est pas sans difficulté, il n'est pas impossible pour autant.

Entre 2003 et 2013, douze réseaux ont changé de mode de gestion : un réseau est passé de la régie à la DSP (réseau de Saint-Malo), dix réseaux exploités en DSP sont passés en régie (réseaux de Belfort, Cholet, Douai, Forbach, Sarreguemines, Cannes, Clermont-Ferrand, Nice, Périgueux et Toulouse), et un est passé de DSP à SPL (Saumur en 2011).

IV. Identification des contraintes de choix

Les différents modes de gestion présentés au chapitre précédent sont tous envisageables pour la gestion des transports relevant de l'autorité de la Communauté d'agglomération d'Angoulême.

Pour autant, la question doit se poser plus précisément au regard des contraintes ou atout de chaque mode de gestion de façon opérationnelle.

A cet égard, on peut apprécier la **faisabilité de chaque solution au regard de sept critères** utilisés à des titres différents, mais qui ont tous un impact sur les étapes de création et de gestion du service public de transport.

Trois critères sont liés à la relation entre l'agglomération et l'exploitant :

1. La maîtrise du service par l'agglomération
2. La maîtrise financière du service
3. Les risques d'exposition des élus

Quatre autres critères sont liés à la mise en place du mode de gestion et de la structure exploitante :

4. La capacité à s'organiser et à organiser le service : la compétence métier
5. La complexité de la mise en place du mode de gestion
6. Le risque contentieux lors de la mise en œuvre du mode de gestion
7. Le calendrier de réalisation

V. La maîtrise du service par l'agglomération

V.1. Définition

La maîtrise du service par l'agglomération d'Angoulême est envisagée ici sous l'angle de la capacité d'intervention de l'autorité organisatrice dans la gestion de l'exploitant et la capacité pour celle-ci de pouvoir modifier selon ses orientations l'action de l'exploitant.

En d'autres termes, il s'agit du niveau d'autonomie de gestion laissé à l'exploitant.

Il appartient à l'agglomération de définir ce qu'elle souhaite à ce titre, ce qui dépend à la fois des objectifs qu'elle entend confier à l'exploitant et des moyens dont elle dispose au niveau interne.

S'agissant des moyens dont dispose l'agglomération, il faut mettre en parallèle la volonté d'une intervention accrue dans le fonctionnement de la structure avec un renforcement des moyens à cet effet : le but ne sera pas uniquement de contrôler mais également d'impulser certaines actions ou de traduire les orientations d'aménagement du territoire en actes : le rôle de l'autorité organisatrice peut donc être renforcé et nécessiter des personnes dédiées.

V.2. Applications

✓ Hypothèse de l'EPIC et de SPL

Dans le cas d'un EPIC, la maîtrise par l'agglomération sur l'organisation et les orientations de l'activité peut être aisément renforcée.

Même si l'EPIC dispose de la personnalité juridique et d'un cahier des charges défini, il reste qu'il s'agit avant tout d'une émanation de la collectivité, qui dispose de la majorité des sièges au niveau du conseil d'administration. Il lui est donc loisible de pouvoir intervenir dans la gestion du service et par la même mieux le maîtriser.

On précisera que cette faculté d'influer sur la gestion du service trouve sa limite dans le respect de l'autonomie de la personne morale distincte qu'est la régie : celle-ci ne peut se voir imposer de nouvelles charges sans compensation ou de nouvelles obligations qui ne seraient pas dans son objet statutaire et ne peut être dépossédée de ses attributions (CE, 7 juin 1989, *Office tourisme municipal Val-d'Isère*, req. n° 71425).

De même, s'agissant de la SPL, où le contrôle de l'AO doit être « analogue à celui qu'elle exerce sur ses services », la capacité à influencer sur l'organisation et l'exploitation des services est plus importante. Associant cependant au moins une autre AO, la limite sera alors le partage d'objectifs avec celle-ci et la modification du contrat liant les parties

✓ **Hypothèse des SEM, SEMOP et opérateur purement privés**

Dans ces différents cas, la présence d'un associé privé et le principe du respect de la mise en concurrence initiale interdisent à l'AO de pouvoir imposer un pouvoir de direction et de modification en cours du contrat autrement que celui autorisé par la convention.

Ceci ne signifie pas que l'AO est dépourvue de tout pouvoir mais qu'elle s'inscrit dans ce qui a été prévu *ab initio* par le contrat.

Certes, en pratique, la lecture des dispositions contractuelles sera d'autant plus partagée que la structure est en lien organique avec l'AO (Sem ou SEMOP), mais il reste que ce lien est plus distendu et que la stabilité de la relation contractuelle doit prévaloir.

✓ **Dans le cadre de la délégation de service public**

Dans le cadre d'une délégation de service public, la maîtrise de l'agglomération sur le service peut sembler *a priori* moyenne : en choisissant de déléguer son service public, la Collectivité reconnaît à son délégataire la faculté de mettre en œuvre l'organisation de son choix, dès lors qu'il respecte les obligations de service public qui lui sont imposées.

Cependant, la rédaction du contrat peut nuancer fortement ce propos : les clauses peuvent prévoir les modalités dans lesquelles l'exploitant peut ou doit agir librement : tel est le cas par exemple sur l'adaptation des services à la marge, sur le plan de communication si celui-ci doit être approuvé. La maîtrise du service intervient en outre au travers de l'information du délégant et du contrôle du service et de ses conditions d'exécution, prévus au contrat. En effet, surtout, l'Autorité Organisatrice définit le service et rédige le contrat dans le cadre de la consultation.

Là encore, le principe d'autonomie de gestion trouvera à s'appliquer à propos des moyens propres du délégataire ou de sa gestion sociale, ce qui n'interdit pas à l'agglomération de s'informer précisément sur la gestion opérée, sous l'angle de l'appréciation de la continuité ou de la qualité du service. Plus, il s'agit d'une obligation pour l'autorité délégante.

✓ Dans le cadre du marché public

En matière de marché public, la maîtrise par l'agglomération de D'Angoulême pourra être significative dans la mesure où il s'agit de satisfaire un besoin qu'elle aura exprimé et qui peut en partie être évolutif.

La difficulté réside cependant dans le fait que le marché public encadre fortement les possibilités d'évolution et en conséquence la passation d'avenants, lesquels ne peuvent pas bouleverser l'économie du contrat.

En-dehors d'une modification unilatérale ou contractuelle des termes du marché et la prise en compte des incidences financières, la maîtrise sur le déroulement du marché reste limitée pour la l'AOTU en cours de contrat : le marché public reste avant tout un outil contractuel assez figé, supposant que les évolutions restent assez limitées au cours de l'exécution.

VI. *Maîtrise et portage du risque financier du service*

La maîtrise financière du service s'entend selon une double détente : il s'agit

- d'une part de la transparence des charges et des produits d'exploitation sur le budget de la collectivité ;
- d'autre part, de la maîtrise du coût du service pour la collectivité

VI.1. *En matière d'EPIC ou de SPL*

Les ressources sont alors constituées de la contrepartie des créances, des apports en nature ou en espèces effectués par la collectivité locale de rattachement (ici l'agglomération d'Angoulême). Les dettes ayant grevé l'acquisition des ressources de la régie sont mises à la charge de la régie.

Dans le cas d'une exploitation en régie, l'agglomération supporte l'ensemble des risques commerciaux et industriels liés à l'exploitation du service, dans les limites des conditions de subventionnement d'un SPIC telles que définies par les articles L 2224-1 et 2 du CGCT, qui prévient le principe de l'équilibre financier des SPIC, sauf exception dument justifiée par le déficit lié à la tarification ou aux sujétions de service public.

Il n'en demeure pas moins qu'*in fine* l'EPIC, et donc en cas d'incapacité financière de ce dernier l'AO, assumera le risque financier lié au service.

Dans la même logique, la gestion satisfaisante du service peut permettre de générer des économies au titre de l'optimisation des ressources ou de l'absence de recherche de bénéfices, permettant de diminuer le coût du service.

VI.2. En matière de délégation de service public

En délégation de service public, le risque commercial et d'exploitation est porté par le délégataire. Celui-ci se rémunère directement à partir de l'exploitation du service (recettes du trafic notamment), complétée notamment d'une contribution forfaitaire de la collectivité. Le niveau de celle-ci est déterminé lors de la mise en concurrence et dépend donc notamment de l'intensité concurrentielle et de la justification donnée pour la compensation des obligations de service public.

Le délégataire s'engage sur des résultats (et non seulement sur la mise à disposition de moyens). La maîtrise du coût pour la collectivité est donc forte en DSP, puisque le risque repose sur l'exploitant.

Le résultat d'exploitation est acquis au délégataire.

A partir de ces principes, on peut envisager des effets amortisseurs dans les différents cas : certaines conventions prévoient des mécanismes de partage du résultat (et donc du risque d'exploitation) au-delà d'un certain niveau de bénéfice ou de perte.

Dans le cas de la régie intéressée, le titulaire assumera la gestion pour le compte de l'agglomération d'Angoulême moyennant un intéressement fixé en pourcentage du chiffre d'affaires, complété d'une prime de qualité liée à un dispositif bonus/malus et éventuellement par une part des bénéfices.

Il pourra également être redevable d'une partie des pertes si sa responsabilité dans le déséquilibre du service était engagée même si il ne s'agit pas d'un contrat d'affermage et que l'agglomération d'Angoulême restera responsable de la part prépondérante des bénéfices comme des pertes.

Dans ce dernier cas de régie intéressée, la caractérisation du risque supporté par le délégataire reste difficile à déterminer et le risque de requalification du contrat en marche est élevé.

Dans le cas présent, le modèle économique proposé reste celui de la contribution financière forfaitaire, l'exploitant supportant le risque industriel et le risque commercial.

VI.3. En matière de marché public

Dans le cas d'une exploitation en marché public, l'agglomération d'Angoulême supporte le risque commercial du service. Elle perçoit les recettes des usagers-clients (création d'une régie de recettes).

Le risque industriel est supporté par le prestataire du service.

Le coût du service correspond au prix du marché public et est donc maîtrisé par l'AOTU. Du fait de l'obligation de moyens et non de résultat pour le titulaire, la maîtrise du coût est cependant moindre qu'en DSP.

Le risque financier est donc partagé entre les parties.

On retiendra également qu'il n'est pas possible de recourir à la négociation des offres en marché.

Le Conseil d'Etat a exclu la possibilité pour les collectivités territoriales de se prévaloir du titre II du Code des Marchés Publics pour ce type de marchés. (CE, 9 juillet 2007, SYNDICAT EGF-BTP et autres, req. n° 297711 ; CE, 14 décembre 2009, Département du Cher, req. n° 330052).

Cette absence de négociation peut se faire au préjudice des intérêts notamment financiers de la collectivité.

A contrario, la délégation de service public offre la possibilité pour l'agglomération d'Angoulême de procéder à une phase de négociation. Cette phase de négociation constitue une étape importante pour la collectivité puisque qu'il reste alors possible d'ajuster les offres des candidats afin d'en assurer la meilleure adéquation avec les objectifs de l'agglomération et son budget.

Les autres structures d'exploitation comme les SEM et SEMOP se répartissent dans les catégories précitées selon le type de contrat conclu.

VII. Les risques d'exposition des élus

VII.1. Définition des risques

Les risques d'exposition des élus doivent être entendus comme les différents cas où les élus pourraient être mis en cause à raison de l'exploitation des services de transport.

Les élus concernés sont donc ceux prenant une part active ou simplement directe à cette gestion, soit au travers d'un rôle dans l'exploitation, soit au titre du contrôle exercé sur l'exploitant. Selon les cas, cette exposition au risque est donc celle de l'élu lui-même ou de l'agglomération à travers lui.

Sur la base de cette définition large, on peut distinguer quatre types de risque :

- Le risque d'image, qui est relatif à l'assimilation par les usagers, et plus généralement la population, des élus au service de transport et donc, potentiellement, des dysfonctionnements constatés. Il s'agit donc d'un risque politique.
- Le risque civil est celui lié aux conséquences indemnitaires liées à un comportement fautif imputable à l'élu. Il est généralement limité via les assurances et suppose un examen minutieux de l'étendue des polices d'assurances.
- Le risque pénal lié aux différents délits pouvant être commis par des élus, parfois sans en avoir conscience en raison du caractère objectif de certains d'entre eux. Les sanctions sont des peines d'emprisonnement et des amendes ainsi qu'à titre complémentaire l'inéligibilité.
- Le risque financier en cas de mauvaise gestion entraînant des dépenses injustifiées ou estimées trop importantes par rapport à l'intérêt du service, ce qui peut notamment être sanctionné par un contrôle des juridictions financières (chambre régionale des comptes).

Il est donc important de s'interroger sur l'exposition à ces risques en fonction du mode de gestion.

VII.2. En matière d'EPIC

Dès lors que la régie fait intervenir les élus plus directement (au conseil d'administration) dans la gestion et l'exploitation du service public de transport, les risques de mise en responsabilité sont par définition accrus sur l'ensemble des plans.

Dès lors que des élus sont membres du conseil d'administration et qu'ils disposent également d'au moins la majorité des voix, il est logique que leur responsabilité soit plus exposée en cas de dysfonctionnement.

Le risque d'image est logiquement plus présent puisque les élus, en prise directe avec l'exploitation, peuvent être davantage identifiés comme « responsables » d'un mauvais fonctionnement éventuel du service.

Il importe peu, à cet égard, que les élus ne soient pas des professionnels du transport : il peut leur être potentiellement reproché de ne pas avoir su organiser leur entreprise afin de se prémunir des éventuels dysfonctionnements.

Cette approche est d'ailleurs assez caractéristique de l'analyse à laquelle procède le juge pénal en cas d'infraction (notamment involontaire) de rechercher si l'organisation et le contrôle interne n'a pas permis au moins en partie la survenance de l'infraction.

Il peut s'agir, notamment des éventuelles sanctions prises après un accident grave, lequel peut déclencher une enquête pénale et aboutir à une poursuite, voire une condamnation pour mise en danger de la vie d'autrui ou homicide involontaire, sans préjudice des indemnisations au plan civil.

Il peut également s'agir du délit de prise illégale d'intérêt qui consiste pour les personnes visées à « *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* » et qui vise la participation même indirecte à une entreprise ou une opération en lien avec l'EPIC et quand bien même cet intérêt ne serait pas financier.

Enfin, on songe également au délit d'octroi d'avantage injustifié, qui concerne les infractions en matière de passation de contrats de la commande publique, l'EPIC étant soumis au code des marchés publics.

L'ensemble de ces infractions sont ou peuvent être commises de façon involontaire, par négligence davantage que par volonté, d'où un risque spécifique généré par la proximité de l'exploitation.

Sur le plan civil, le risque est limité puisqu'il se gère au travers de polices d'assurance spécifiques liées aux fonctions de dirigeants ou de mandataires sociaux.

Enfin, s'agissant du risque financier, le champ d'intervention des chambres régionales des comptes couvre les établissements publics locaux et renforce en conséquence les risques d'exposition des élus, même si les sanctions sont plus rares, sauf en cas de dysfonctionnement avéré. Il reste cependant que les rapports des CRC, notamment parce qu'ils contiennent parfois des appréciations assez subjectives et font l'objet d'une publicité, accroissent les responsabilités des élus.

VII.3. *En matière de SPL, SEM et SEMOP*

Les élus administrateurs de SEM et de SPL disposent d'un régime de protection sécurisée puisque la responsabilité civile relève de la collectivité et non de l'élu mandataire. Mais ils restent, bien entendu, pénalement responsables des fautes ou omissions coupables éventuellement commises.

L'article L.1524-5 du CGCT instaure une obligation pour le mandataire de rendre compte de son mandat à sa collectivité ou à son groupement mandant, au moins une fois par an.

" Les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte. Lorsque ce rapport est présenté à l'assemblée spéciale, celle-ci assure la communication immédiate aux mêmes fins aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres."

Le président de la structure étant un élu, le risque d'image est logiquement plus présent puisque les élus sont identifiés comme « responsables » d'un mauvais fonctionnement éventuel du service.

VII.4. *En matière de marché public et de délégation de service public*

Le recours à un marché public ou à une convention de délégation de service public confiée à un opérateur purement privé va distendre le lien entre l'exploitation et l'exposition à un risque

des élus : le recours à un exploitant professionnel dont les missions sont définies conventionnellement le rend responsable des dommages causés notamment aux usagers (CA Bastia, 16 février 2011, n° 10/00061 : à propos d'un accident imputable en partie à la SNCF-CFC du fait du non-respect de la mise en place de mobilier de quai prévu par la convention).

Il ne faut pas exclure toutefois une responsabilité plus indirecte, pouvant relever le cas échéant d'une faute dans l'organisation même du service public, si les moyens prévus (notamment financiers) n'ont pas été fournis au cocontractant.

Le risque d'image pour les élus demeure marqué dans la mesure où les usagers ou la population retient fréquemment le fait qu'il s'agit d'un service public rattaché à la collectivité. Il peut être néanmoins contenu dans la mesure où les élus disposent par définition d'un « moyen de défense » en expliquant et en réagissant aux problèmes générés par le cocontractant.

VIII. La capacité à s'organiser et à organiser le service : la compétence métier

La gestion et l'exploitation des services de transports de l'agglomération d'Angoulême requièrent des compétences spécifiques dont l'agglomération serait tenue de se doter très rapidement pour exploiter les services en régie avec en premier lieu le recrutement d'un capacitaire Transport. La gestion externalisée permet de bénéficier immédiatement des compétences transports pour assurer la continuité et la qualité du service public.

VIII.1. Hypothèse de l'EPIC

Dans le cadre d'un EPIC, lequel par définition n'est pas rattaché à un opérateur du secteur du transport, une difficulté peut apparaître tenant à la capacité pour une structure autonome de disposer de l'ensemble des moyens nécessaires pour la mise en place du service.

Cette difficulté tient avant tout à la capacité et au coût du recrutement direct des personnes chargées d'organiser et de contrôler le service et permettant de bénéficier de compétences idoines, ainsi qu'à la pérennité de leur présence.

Certes, l'EPIC peut conclure un marché d'assistance spécifique pour satisfaire à cette obligation, mais cela implique un délai supplémentaire pour qu'il puisse effectivement assurer l'exploitation.

VIII.2. Hypothèse de la SPL

En l'absence de SEM la collectivité serait confronté à l'ensemble de ces problématiques. Cependant ici le risque est minoré puisque la majorité des personnels souhaiteront rester dans la nouvelle structure.

VIII.3. Hypothèse du marché public et hypothèse de la délégation de service public

Dans cette hypothèse, le candidat qui se présente va en principe d'ores et déjà disposer de cette capacité, qui sera d'ailleurs vérifiée au titre de sa candidature. Il semble donc que cela posera moins de difficultés dès lors, qu'en toute logique, les candidats seront d'ores et déjà des entreprises de transports.

La difficulté se posera de façon moindre en marché qu'en DSP sur la capacité des opérateurs à s'organiser pour faire une proposition d'organisation technique. Le marché supposant de proposer une offre de transport, adaptable à la marge, sur laquelle le candidat vient caler son organisation et sa proposition financière alors qu'en DSP il appartiendra aux candidats dans les offres de démontrer un savoir-faire technique et une capacité à s'organiser pour répondre aux besoins.

Mode de gestion	Maîtrise du risque métier
EPIC	Fort
SPL	Faible (dans le cadre de la transformation de la SEM)
DSP	Très faible
MP	Très faible

IX. La complexité de la mise en place du mode de gestion

IX.1. Position du problème

La complexité de la mise en place du mode de gestion part du principe d'un changement d'opérateur, soit au travers d'une mise en concurrence (marché ou DSP), soit au travers du recours à l'EPIC., soit au travers de la création d'un porteur juridique dédié (SPL-SEM-SEMOP)

En effet, dans l'hypothèse où l'opérateur se succède à lui-même, il n'y a aucune difficulté spécifique puisque la continuité est assurée.

Ainsi, en cas de changement d'opérateur, un ensemble d'opérations va devoir être mené pour assurer la mise en place du nouvel exploitant et lui permettre un fonctionnement normal.

IX.2. Sur le plan social

Le transfert des personnels ne pose guère en soi de difficulté puisqu'il est imposé par la convention collective du transport de voyageurs.

En revanche, ce transfert implique pour le nouvel employeur une remise en cause des accords d'entreprise à l'issue de trois mois et l'ouverture de nouvelles négociations sur une durée de douze mois (L 2261-14 du code du travail), à l'issue de laquelle, soit un nouvel accord est trouvé, soit les dispositions anciennes deviennent des avantages acquis individuels.

Par ailleurs, dans la mesure où des cadres de l'actuelle délégation sont des personnels qui souhaiteront rester au sein de la maison mère, il conviendra de pourvoir à leur remplacement.

IX.3. Sur le plan opérationnel

Le fonctionnement de l'entreprise exploitante suppose la conclusion de différents contrats permettant le fonctionnement normal.

On peut mentionner notamment :

- Liste des contrats fournisseurs pour le fonctionnement courant :
 - Informatique (PC, réseau, copieurs, fax)
 - Logiciels de gestion (compta, paie, RH)
 - Flotte véhicules
 - Poste
 - Téléphonie - Internet
 - Sécurité (gardiennage, extincteurs, alarmes)

 - Entretien des bâtiments (petites interventions, réparations, nettoyage)
 - Climatisation, chauffage
 - Electricité, gaz, eau
 - Assurances locaux
 - Expert-comptable

- Liste des contrats fournisseurs liés à l'exploitation
 - Matériel roulant
 - Entretien / maintenance du matériel

- Entretien / maintenance des ateliers
- Contrôle (APAVE, Veritas ou autres)
- Assurances matériel roulant
- Assurance responsabilité civile
- Sous-traitants cars
- Conseil pour l'exploitation
- Carburants et fluides
- Pneumatiques
- Logiciel exploitation (billetterie, budget, graphicage)

IX.4. En matière d'EPIC

Recrutement de l'encadrement

S'agissant du fonctionnement d'un EPIC, son personnel reste soumis au droit privé.

Cependant, des difficultés peuvent apparaître au niveau du recrutement des cadres qui pourront souhaiter rester au sein de l'entreprise initiale. Le salarié demeure en toute hypothèse libre de démissionner de son poste s'il le souhaite et rejoindre la structure de son choix.

En revanche, le besoin de recrutement d'un nombre important de cadres peut poser une grande difficulté pour l'EPIC : compte-tenu de la spécificité de certains postes, la possibilité de recrutement est incertaine. Or, tant que les postes ne sont pas pourvus, le fonctionnement de l'EPIC s'avèrera plus complexe.

Cette difficulté peut être palliée pendant un temps avec la conclusion d'une convention d'assistance technique auprès d'un prestataire (sous la contrainte de conclure un marché public), mais cette prestation ne peut se borner à la mise à disposition d'une personne spécifique, car cela relèverait du délit de prêt de main d'œuvre illicite (article 8234-1 du code du travail).

S'agissant du directeur de la structure, celui-ci a le statut d'agent public et doit être recruté le cas échéant par contrat, mais en respectant la grille des rémunérations de la collectivité à poste équivalent.

Les recrutements notamment nécessitent de prévoir des délais suffisants et des moyens adaptés pour la mise en place de la structure.

Conclusion des contrats fournisseurs

La structure étant créée ex-nihilo et étant soumise au code des marchés publics pour la satisfaction de ses besoins propres, une difficulté incontestable existe, liée à son temps de « montée en charge » lui permettant d'exercer pleinement ses fonctions. Il faut en effet rappeler que la nouvelle réglementation des marchés publics prévoit l'application de textes à l'ensemble des établissements publics des collectivités locales.

Il s'agit donc avant tout d'un problème de durée qui peut être pallié soit par une prolongation de l'exploitation actuelle, soit par le recours à des prestataires extérieurs par des marchés de faibles montants et de durée courte, mais ces solutions sont provisoires et exposent l'EPIC à un fonctionnement approximatif.

Ainsi, dès la création de l'EPIC, celui-ci doit, avant d'être opérationnel, recenser ses besoins et conclure les marchés nécessaires, éventuellement selon une procédure adaptée et simplifiée (pour une durée brève) laissant la possibilité de mettre en œuvre la passation de marchés plus formalisés.

L'EPIC devra ensuite périodiquement remettre en concurrence pour la satisfaction de l'ensemble de ses besoins.

IX.5. En matière de SPL

Sur ces points, la SPL connaît les mêmes difficultés que la régie. Cependant elle est soumise à la comptabilité privée, plus souple que la comptabilité des collectivités.

Les autres entreprises publiques locales dépendent de la passation d'un marché public ou d'une DSP.

IX.6. En matière de marché public et de délégation de service public

Dans ces hypothèses, la contrainte est moins forte si l'on considère qu'il s'agit de candidats ayant d'ores et déjà les capacités requises au niveau interne et leur absence d'obligation de mise en concurrence.

Il ne faut cependant pas sous-estimer la nécessaire période de démarrage et les aléas éventuels.

Sur le plan social, la situation peut apparaître plus contrastée : la question des recrutements reste de l'affaire du nouvel exploitant qui dispose ou doit disposer des compétences humaines nécessaires.

En revanche l'agglomération ne peut imposer à son cocontractant un niveau ou des modalités de relations sociales dans l'entreprise car il s'agit là de l'organisation interne de l'entreprise. Il reste toutefois possible d'imposer certaines obligations en rapport avec l'objet du contrat pour assurer la continuité du service public (par exemple en matière de formation ou de qualification des agents dès lors que cela a un lien direct avec la bonne exécution du contrat et du service public).

Le titulaire d'un marché public ne pouvant manier des deniers publics il faudra rajouter en marché les difficultés liées à la constitution d'une régie.

Aux termes du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, les comptables publics sont seuls chargés du recouvrement des deniers publics et du paiement des dépenses publiques.

Dans un avis du 13 février 2007(CE, avis n°373788, du 13 février 2007), le Conseil d'Etat a considéré que le principe d'exclusivité de compétence du comptable public, également inscrit au Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les comptables des communes et des départements (CGCT, art. L.2343-1 et L.3342-1), «*doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*».

Les comptables publics ont cependant la possibilité de « *déléguer leurs pouvoirs à un ou plusieurs mandataires ayant la qualité pour agir en leur nom et sous leur responsabilité* ».

Cette possibilité résulte de l'article 18 du décret du 29 décembre 1962 qui dispose que « *des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations d'encaissement ou de paiement* ».

Les personnes non habilitées réalisant ces opérations seront considérées comme réalisant un acte de « *gestion de fait* ».

La gestion de fait se caractérise par l'absence d'habilitation de la personne ayant détenu ou manié des fonds publics. L'article 60-XI de la loi du 23 février 1963 en établit les critères :

- L'absence d'habilitation : personne qui n'a pas la qualité de comptable public ou qui n'agit pas sous le contrôle et pour le compte d'un comptable public ;

La détention ou le maniement direct ou indirect de fonds ou valeurs irrégulièrement extraits de la caisse d'une personne publique dotée d'un comptable public. Les fonds ou valeurs ne perdent pas, dans ce cas, leur qualification de deniers publics et les comptables publics ont une compétence exclusive pour les détenir ou les manier.

X. Risques lors de la passation

Le risque contentieux lors de la passation intéresse éminemment les contrats passés après mise en concurrence que nous soyons en SEM/SEMOP DSP ou en marché.

Les candidats évincés peuvent en effet former des recours qui fragilisent la finalisation de la procédure ou le contrat lui-même.

Ce risque s'étend aussi à l'absence de conclusion d'un contrat au terme de la procédure si les parties n'ont pu se mettre d'accord.

Au niveau de l'EPIC et de la SPL, le risque est nettement moindre, puisque la procédure est interne à l'agglomération et qu'il n'y a pas de risque d'un refus de réalisation. Il peut certes exister le recours de tiers, mais cette perspective paraît de niveau très mesuré.

Mode de gestion	Risque lors de la passation (comparaison)
EPIC	Très faible
SPL	Très faible
SEM	Moyen
SEMOP	Moyen
DSP	Elevé
MP	Elevé

XI. Calendrier de réalisation

Les délais prennent en compte de manière spécifique :

- En régie/Epic :
 - o les recrutements à réaliser dans un contexte de rareté de la ressource nécessitent de prévoir des délais suffisants ;
 - o la multiplicité des contrats à conclure.

- En EPL (SPL/SEM/SEMOP) :
 - o Les nécessaires tours de table avec les partenaires publics et privés qui s'engageraient
 - o Les délais de procédures
 - o La multiplicité des contrats à conclure
 - o Les recrutements à réaliser
 - o Les transferts de personnel à mener

- En marché :
 - o Les éventuels transferts de personnel à mener
 - o Les recrutements à réaliser afin de piloter l'activité du titulaire en supposant que la maîtrise du service reste à l'AOTU

- En DSP :
 - o Des délais de procédure intégrant en amont une définition poussée des relations contractuelles
 - o Des délais de négociations assez élargis
 - o Un délai de mise en place suffisant

Les calendriers mis en œuvre seront certainement plus longs mais il est toujours difficile de mesurer les temps de validation nécessaire à chaque étape de la procédure retenue, délai pourtant indispensable à un choix raisonné.

XI.1. Cas de l'EPIC

Action	Délai (mois)
Définition du projet	Janvier à mai 2017
Elaboration des statuts Désignation des administrateurs et du Directeur Etablissement du budget Définition du cahier des charges d'exploitation	Juin 2017
Consultation CT	Juin 2017
Délibération portant création	Juin 2017
Recrutement encadrement (préavis) /transfert	Juin à septembre 2017
Passation des marchés publics nécessaires à la poursuite de l'activité	Septembre 2017 à <u>mars 2018</u>
Mise en œuvre et installation de la structure	Septembre 2017 à Décembre 2017
Démarrage des services	1er janvier 2018 (Objectif atteignable mais difficile)

Ce délai ne permet pas de bénéficier d'une marge de sécurité permettant d'assurer la maîtrise de la procédure.

XI.2. Cas de la SPL

Action	Délai (mois)
Définition du projet	Janvier à mai 2017
Elaboration des statuts Négociation autres AOT Désignation des administrateurs et du Directeur Etablissement du budget Définition du cahier des charges d'exploitation	Juin 2017
Consultation CTP	juin 2017
Délibération portant création	Juin 2017
Formalités de création ou de transformation de la SEM	Juillet 2017
Recrutement encadrement (préavis) / Transfert	Juin à septembre 2017
Passation des marchés nécessaires à la poursuite de l'activité	Septembre 2017 à Mars 2018
Mise en œuvre et installation de la structure	Septembre 2017 à Décembre 2017
Démarrage des services	1er janvier 2018 (Objectif atteignable mais difficile)

Ce délai peut être éventuellement réduit si la phase de création avec une autre AOTU est menée rapidement.

XI.3. Cas de la SEM et de la SEMOP

Ces cas supposant une mise en concurrence, ils se rapportent aux délais ci-dessous exprimés pour les marchés publics.

XI.4. Cas du marché public, dialogue compétitif

Action	Délai (mois)
Etablissement du programme de consultation	1er au 15 Juin 2017
AAPC	15 Juin 2017
Réception des candidatures	15 juillet 2017
Analyse des candidatures	15 au 31 juillet 2017
Dialogue compétitif avec entreprises retenues	Septembre à novembre 2017
Etablissement du cahier des charges	Novembre 2017
Réponse des candidats	Décembre 2017
Analyse des offres et échanges avec candidats	Décembre à janvier 2018
Attribution du marché	Février 2018
Démarrage des services	1er janvier 2018 (Objectif non atteignable)

XI.5. Cas du marché public, procédure ouverte

La procédure de passation d'un marché public n'est pas beaucoup plus courte qu'une délégation de services en effet l'agglomération doit procéder à l'élaboration d'un cahier des charges définissant la consistance des services, les moyens à mettre en œuvre ; les objectifs commerciaux du contractant, la tarification.... Seule l'absence de négociation permet de gagner du temps.

Pour gagner encore un peu de temps il est possible de recourir à l'appel d'offre ouvert.

Action	Délai (mois)
Etablissement du DCE	Juin 2017
AAPC	30 Juin 2017
Réception des candidatures et des offres / Procédure ouverte	31 Aout 2017
Analyse des candidatures et des offres	Septembre 2017
Attribution par la CAO	Octobre 2017
Courrier au non retenu / Attribution du contrat -	Octobre 2017
Mise en place de l'opérateur	Novembre à Décembre 2017
Démarrage des services	1er janvier 2018 (Objectif atteignable mais très difficile)

XI.6. Cas de la délégation de service public

Comme indiqué précédemment, après publication d'un avis d'appel public à la concurrence, la commission de délégation de service public est appelée dans la cadre d'une procédure restreinte à établir la liste des candidats auxquels les documents de la consultation seront transmis.

Le contenu du DCE est plus souple que celui d'un marché puisqu'il s'agit de faire appel à l'expertise des candidats pour constituer l'offre de service. Le projet doit intégrer l'ensemble des données sur le service actuel et sur les évolutions attendues ainsi que les objectifs à atteindre par le délégataire qui sera retenu.

A partir du DCE, les candidats soumettent une offre qui doit répondre aux objectifs fixés par la Communauté d'agglomération. C'est le candidat qui détermine les moyens qu'il souhaite mettre en œuvre pour arriver à répondre aux attentes de la collectivité.

La commission de délégation de service public est ensuite appelée à donner un avis consultatif sur les offres remises par les candidats.

Les négociations sont engagées par le Président avec les candidats qu'elle souhaite retenir, de manière à améliorer les propositions sur l'ensemble des critères techniques et économiques.

Au terme des négociations, le Président soumet au Conseil communautaire son analyse des offres définitive et propose de retenir un candidat. Le rapport doit également comporter les termes du contrat de délégation de service public.

Compte tenu des négociations à mener et pour permettre aux candidats de réfléchir à l'évolution de leurs offres, la durée d'une procédure de passation d'une délégation de service public est souvent de plus d'un an à partir de la publication de l'avis de publicité.

Action	Délai (mois)
Etablissement du DCE	Juin 2017
Consultation CTP	Juin 2017
Consultation assemblée délibérante	Juin 2017
AAPC	1er juillet 2017
Réception des candidatures	15 août 2017
Analyse des candidatures / Choix des candidats retenus/ Envoi du DCE	1er septembre
Délai laissé aux candidats pour concevoir les offres	Septembre et octobre 2017
Négociations avec les candidats retenus	Novembre et Décembre 2017

Rédaction des offres finales par les candidats	Janvier 2018
Attribution du contrat - Finalisation -	A partir du 15 février 2018
Mise en place de l'opérateur/ Reprises éventuelles	Pas de délai
Démarrage des services	1er janvier 2018 (Objectif non atteignable)

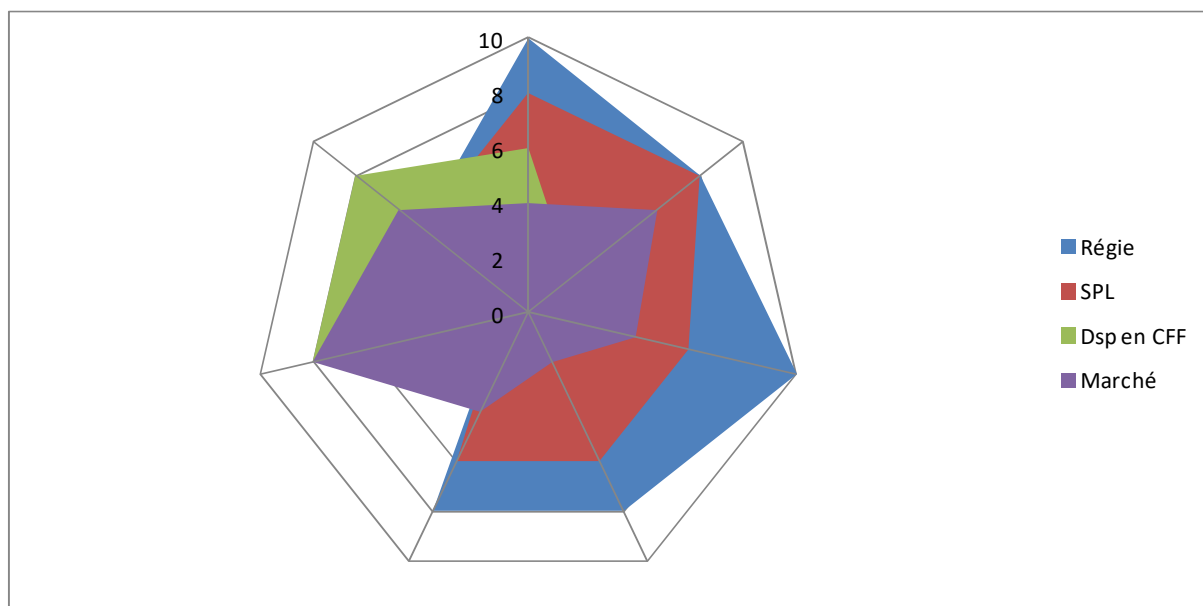
SYNTHESE

	REGIE	SPL	DSP	Marché
Risque lié à la Maitrise du service par l'agglomération et sa capacité d'intervention sur l'organisation du service	Très Fort L'agglomération intervient dans la gestion du service (dans la limite du respect de l'autonomie de la personne morale).	Fort: L'agglomération intervient dans la gestion du service mais la structure reste externe (dans la limite du respect de l'autonomie de la personne morale).	Moyen après conclusion du contrat Dans la mesure où le délégataire est seulement tenu par le respect des obligations de service public définies contractuellement par l'agglomération.	Faible: L'agglomération intervient dans la définition du service mais n'en assure pas l'exécution
Risque financier du service	Très Fort L'agglomération supporte l'intégralité du risque commercial et industriel du service. Celui-ci dépend directement du contrôle effectué par l'agglomération sur l'EPIC.	Très Fort L'agglomération supporte l'intégralité du risque commercial et industriel du service. Celui-ci dépend directement du contrôle effectué par l'agglomération sur la SPL	Faible après conclusion du contrat pour l'agglomération Le délégataire supporte le risque d'exploitation du service, auquel sa rémunération est substantiellement liée. L'agglomération verse une contribution forfaitaire (qui dépend des négociations et notamment de l'intensité concurrentielle).	Moyen: Si le service est stable et le contrat encadré le titulaire supporte le risque industriel mais le risque commercial revient à la collectivité
Risques d'exposition des élus: - D'Image - Civil - Pénal - Financier	Fort: exposition des élus aux différents risques du fait de leur responsabilité directe dans la gestion.	Moyen: La distance instaurée entre les élus et l'exploitation atténue le risque mais le réseau reste piloté directement par la collectivité.	Faible du fait de la distance instaurée entre les élus et l'exploitation le risque lié au contrôle sur le délégataire ne disparaît cependant pas pleinement. Risque d'image demeure	Moyen: La distance instaurée entre les élus et l'exploitation atténue le risque mais le réseau reste piloté par la collectivité. L'exploitant étant davantage un "tractionnaire"

	Régie (EPIC)	SPL	DSP en CFF	Marché
Risque lié à la compétence métier	Fort : Complexité à acquérir les compétences métiers due à la création <i>ex nihilo</i> de la structure (coût et délais).	Faible: La SPL assure la reprise des personnels existants de la SEM qui gardent leurs statuts.	Très faible: Le délégataire justifie nécessairement de compétences en matière de transport.	Très faible: Le titulaire justifie nécessairement de compétences en matière de transport.
Complexité de la mise en œuvre du mode de gestion (moyens à mettre en œuvre)	Forte : acquisition de la compétence métier, délais de passation des marchés publics, reprise du personnel par la régie. Nécessité de moyens dédiés suffisamment dimensionnés.	Moyen : le personnel de la SPL dispose d'ores et déjà des compétences/de l'expérience de la procédure en interne	Faible : le délégataire dispose d'ores et déjà des compétences/de l'expérience de la procédure en interne	Moyen : le titulaire dispose d'ores et déjà des compétences relatives à l'exploitation / régie de transport à créer/ Organisation des services au moins dans le CCTP.
Risque de contentieux	Très faible.	Très faible.	Fort dans un marché très concurrentiel	Fort dans un marché très concurrentiel
Calendrier de réalisation (hypothèse : choix du mode de gestion en mai 2017)	Démarrage des services 1 er janvier 2018 Fiabilité du calendrier : Moyenne	Démarrage des services 1 er janvier 2018 Fiabilité du calendrier : Moyenne	Démarrage des services 1 er janvier 2018 Fiabilité du calendrier : Très Faible	Démarrage des services 1 er janvier 2018 Fiabilité du calendrier : Faible

Repris sous forme de tableau et graphique, le croisement des critères donne le schéma suivant :

	Régie	SPL	Dsp en CFF	Marché
Risque lié à la maîtrise du service par l'agglomération	10	8	6	4
Risque lié à la maîtrise financière du service	8	8	2	6
Risque lié à l'exposition des élus	10	6	2	4
Risque lié à la capacité à s'organiser et à organiser le service : la compétence métier	8	6	2	2
Risque lié à la complexité de la mise en place du mode de gestion	8	6	2	4
Risque lié au contentieux lors de la mise en œuvre du mode de gestion	1	1	8	8
Risque lié au calendrier de réalisation	5	5	8	6



CONCLUSION

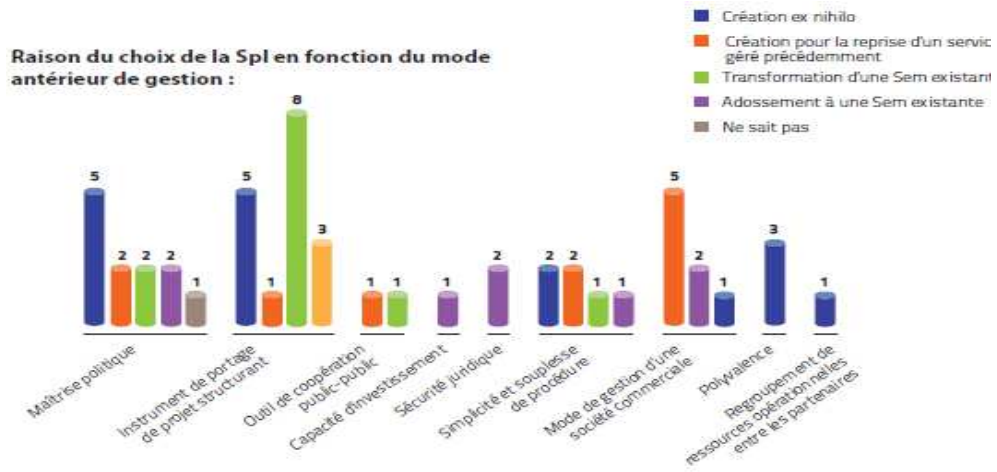
Compte tenu:

- des délais restant jusque au terme du contrat principal;
- de l'existence d'une SEM transformable en SPL;
- de l'absence de mise en concurrence de la mission confiée à la SPL;
- de la volonté de contrôler le service.

La mise en place d'une SPL par transformation de la SEM apparait comme la solution la mieux adaptée aux besoins de l'agglomération.

Elle permettra :

- ✓ **Une maîtrise politique** puisque les collectivités territoriales détiennent la totalité du capital et des sièges au conseil d'administration, assurance que la société intégrera les orientations stratégiques et politiques des élus.
- ✓ **La simplicité juridique** : absence de mise en concurrence car considérées comme opérateurs internes. Il y a néanmoins signature d'un contrat qui régit et sécurise les rapports entre les collectivités et la SPL.
- ✓ **La transparence de gestion** : par des contrôles internes et externes à la société publique locale tant publics que privés.
- ✓ **La performance** : les SPL proposent une véritable gestion d'entreprise, source de performance, de réactivité et de souplesse. Leurs salariés relèvent du droit privé, de même que la comptabilité.
- ✓ **L'intérêt général** : les SPL s'inscrivent dans une logique de performance, qui n'est pas guidée par une recherche de profits.
- ✓ **L'ancrage territorial** : puisqu'elles ne peuvent travailler que sur le territoire de leurs actionnaires publics, ce sont donc des entreprises localement enracinées.



Source Fédération des EPL (Etude de création des SPL 2014)