

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Année Universitaire 2021-2022

Master 1, Droit des collectivités territoriales

DROIT DU SERVICE PUBLIC

Cours de M. le Professeur Gilles J. GUGLIELMI

Equipe pédagogique : M. William VON

Fiche n° 6 LES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC

I) Plan et documents reproduits

I. Le libre choix du mode de gestion

Document 1 : CE 4 mai 1906, *Babin*, n° 10206, conc. ROMIEU (extraits)

Document 2 : Conseil Constitutionnel, n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, *Département des Landes*

Document 3 : Directive 2014/23/UE, Article 2, Principe de libre administration par les pouvoirs publics

II. L'identification de la convention de délégation de service public

Document 4 : CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325

Document 5 : CE 21 septembre 2016, *Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis*, n° 399656

Document 6 : CE 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832

Document 7 : CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736

III. Les principaux contrats

Document 8 : Code de la commande publique (extraits)

Document 8bis : CE, Sect., 18 oct. 2018, *Électricité de Tahiti [EDT Engie]*, n° 420097

Document 9 : CE Sect. 16 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022

Document 10 : CE 21 octobre 1985, *Société de transports automobiles Michel Delattre*, n° 51907

Document 11 : CE Sect. 7 avril 1999, *Cne de Guilhaing-Granges*, n° 156008

Document 12 : Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 67

Document 12 bis : Étude d'impact de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « Unification des PPP autour du marché de partenariat », pp. 58 et s.

II) Préparation :

Dissertation: Le critère du risque dans les concessions

III) Pour approfondir

- ANTIPPAS J., « Regards comparatistes sur la réforme du droit des contrats », *AJDA*, p. 1620
- BRAMERET S., « Privatisation et libéralisation des services publics en réseaux », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, article 28.
- GUGLIELMI G. J., « La concession française et l'émergence de nouvelles formes contractuelles », *JCP A* 2007, n°16-18, p. 23.
- HÜLSMAN J. G., « Les critiques libérales du service public », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, article 23.
- LICHERE F., « La passation des concessions », *AJDA*, 2016, p. 1000.
- PEZ T., « Le risque, les concessions et les marchés », *RDFA*, 2016, p. 237.
- SOLDINI D., « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA*, 2010, p. 1114.

I) Documents reproduits

I. Le libre choix du mode de gestion

Document 1 :

CE 4 mai 1906, *Babin*, n° 10206, conc. Romieu (extraits)

[...] La question que vous avez actuellement à résoudre [...] se ramène à la détermination des limites entre la sphère d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Vous savez, Messieurs, qu'il n'existe pas de règles de droit écrit en ce qui concerne cette délimitation de pouvoirs, si importante au point de vue constitutionnel : c'est la jurisprudence qui les fixe, en les faisant découler des conditions dans lesquelles s'est manifestée jusqu'ici l'intervention du législateur dans les diverses matières. Tantôt cette intervention est générale, complète, et la matière est dite appartenir par sa nature au domaine législatif; tantôt cette intervention est rare, accidentelle, limitée à quelques points, et la matière peut être considérée dans son ensemble comme appartenant au domaine du pouvoir exécutif, sauf les îlots qui ont été détachés par le législateur à son usage (Cf. arr. C. 19 févr. 1904, p. 132, Chambre syndicale des fabricants de matériel pour chemins de fer et les conclusions du commissaire du Gouvernement).

D'une manière générale on peut dire que : relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (par exemple tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre l'organisation de la force publique et des juridictions, la prise de possession de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu, etc., etc.); le législateur peut évidemment, comme il le fait souvent, déléguer ses pouvoirs à d'autres autorités et les investir du droit de réglementer en ces matières à son lieu et place: mais en l'absence de délégation générale ou spéciale, explicite ou implicite, émanée du législateur, le pouvoir exécutif est par lui-même absolument incompétent; et c'est le pouvoir législatif seul auquel il appartient de statuer.

En sens inverse, c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre l'Administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation, etc., etc. (Cf. les conclusions du commissaire du Gouvernement sous l'arrêt du 2.déc. 1892, *Mogambury*, p. 836). [...]

Document 2 :

Conseil Constitutionnel, n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, *Département des Landes*

[...] 1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales : « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service » ;

2. Considérant que, selon le département requérant, cette disposition, en ce qu'elle ôte à une collectivité la liberté de décider des modalités selon lesquelles elle accorde ses subventions, porte atteinte au

principe de la libre administration des collectivités territoriales ; qu'il soutient également que le législateur, en imposant à celles-ci « d'opérer un traitement identique de l'octroi de leurs deniers publics » à des situations juridiques différentes, a méconnu le principe de l'égalité devant les charges publiques qui est le corollaire du principe d'égalité devant la loi ;

3. Considérant que, si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » et « bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; que l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

4. Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général;

5. Considérant que, par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause ; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution ;

6. Considérant qu'il s'ensuit que l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales est contraire à la Constitution ; que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles [...]

Document 3 :

Directive 2014/23/UE, Article 2, Principe de libre administration par les pouvoirs publics

1. La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics. Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques.

2. La présente directive n'affecte pas les régimes de la propriété des États membres. En particulier, elle n'impose pas la privatisation d'entreprises publiques qui fournissent des services au public.

II. L'identification de la convention de délégation de service public

Document 4 :

CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325

[...] Considérant que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ;

Considérant que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté son déféré dirigé contre la délibération et le contrat susanalysés ; [...]

Document 5 :

CE 21 septembre 2016, *Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis*, n° 399656

[...] 8. Considérant, ainsi qu'il a été dit au point 5, qu'une personne qui n'a pas présenté de candidature ou d'offre n'est recevable à agir sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ; que les trois sociétés requérantes, qui ont pour domaine d'activité principal la fourniture de services de stationnement, font valoir qu'elles ont été dissuadées de présenter leur candidature au motif que la délégation de service public portant sur " l'exploitation des services de la mobilité " était définie trop largement et ne leur permettait ainsi pas de se porter utilement candidates ; qu'il suit de là que, contrairement à ce qui est soutenu par les intervenantes en défense, leurs demandes présentées devant le juge des référés précontractuels sont recevables ; 9. Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ; qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux ; qu'aux termes du I de l'article L. 5215-20 du code général des collectivités territoriales : " La communauté urbaine exerce de plein droit, au lieu et place des communes membres, les compétences

suivantes : / (...) 2° (...) b) Organisation des transports urbains (...) ; création ou aménagement et entretien de voirie ; signalisation ; parcs de stationnement (...) " ; que, dans ce cadre, la communauté urbaine du Grand Dijon a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les services de transport urbain, de stationnement et de mise en fourrière, qui concourent à l'organisation de la mobilité des habitants sur le territoire de la communauté urbaine, présentaient entre eux un lien suffisant et décider de les confier à un délégataire unique afin d'assurer une coordination efficace entre les différents modes de transport et de stationnement, dont une partie significative des usagers est identique ; que les sociétés requérantes ne sont, par suite, pas fondées à soutenir qu'elle aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence dans la détermination de l'objet de la convention qu'elle entendait conclure ;

10. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales : " Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation " ; que ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une convention de délégation de service public mette à la charge du cocontractant des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation ; qu'il résulte de l'instruction que, eu égard à leur nature et à leur portée, les missions de vérification de la performance du sous-système électrique du tramway et du système d'hybridation des bus hybrides, de maîtrise d'oeuvre pour le déploiement des matériels de péage et d'assistance à maîtrise d'ouvrage du projet " Prioribus ", qui confient au délégataire le soin de s'assurer du bon fonctionnement et de l'exploitabilité d'équipements en usage dans le réseau de transport de l'agglomération dijonnaise, présentent un caractère complémentaire et accessoire à l'exploitation des services de transport urbain et de stationnement ; que, par suite, la délégation litigieuse n'a méconnu ni les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ni les règles applicables à la commande publique ;

11. Considérant, enfin, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce prohibant les abus de position dominante n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ; que le moyen tiré de ce que, au regard de l'objet de la délégation de service public, la communauté urbaine de Dijon aurait abusé de sa position dominante ou serait susceptible de placer des opérateurs économiques en situation d'abuser d'une telle position est, par suite, inopérant ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Q-Park France, SAGS et Indigo Infra ne sont pas fondées à demander l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public lancée par la communauté urbaine du Grand Dijon ; [...]

Document 6 :

CE 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832

[...] Considérant qu'aux termes de l'article L. 214-5 du code rural : Tous les chiens et chats, préalablement à leur cession, à titre gratuit ou onéreux, sont identifiés par un procédé agréé par le ministre chargé de l'agriculture. Il en est de même, en dehors de toute cession, pour les chiens âgés de quatre mois et nés après le 6 janvier 1999. L'identification est à la charge du cédant. Dans les départements officiellement déclarés infectés de rage, l'identification est obligatoire pour tous les carnivores domestiques (...) ; que le décret du 28 août 1991 dispose en son article 1er que l'identification obligatoire des chiens, chats et carnivores domestiques prévue par les dispositions

précitées du code rural comporte, d'une part, le marquage de l'animal par tatouage ou tout autre procédé agréé par arrêté du ministre chargé de l'agriculture, et, d'autre part, l'inscription sur le ou les fichiers prévus à l'article 4 ci-dessous des indications permettant d'identifier l'animal ; que les articles 2 et 4 du même décret prévoient qu'un arrêté du ministre chargé de l'agriculture définit les techniques de marquage agréées ainsi que les conditions sanitaires de leur mise en oeuvre et fixe les règles relatives à l'établissement, à la mise à jour, au contrôle et à l'exploitation des fichiers nationaux ; que l'article 5 du même décret dispose que le ministre chargé de l'agriculture agréé la personne gestionnaire de chaque fichier national ;

Considérant que l'article 4 de l'arrêté litigieux, pris en application des dispositions précitées, octroie au syndicat national des vétérinaires en exercice libéral un agrément lui permettant de délivrer aux vétérinaires et autres personnes habilitées, d'une part, les matériels permettant le marquage des animaux par radiofréquence, et d'autre part, les numéros d'identification servant au marquage des animaux par tatouage ou par radiofréquence ; que le même arrêté agréé l'association dénommée société centrale canine et le Syndicat national des vétérinaires en exercice libéral en tant que gestionnaires, respectivement, du fichier national d'identification des chiens et du fichier national d'identification des animaux carnivores autres que les chiens ; qu'eu égard aux motifs d'intérêt général qui ont conduit le législateur à créer une obligation d'identification des animaux carnivores domestiques, aux prérogatives de puissance publique conférées par les dispositions de l'arrêté litigieux aux deux associations susmentionnées, et au contrôle exercé par l'Etat sur ces associations en vertu de cet arrêté et des conventions qu'il a conclues avec elles, les missions confiées à ces deux personnes morales ont le caractère de missions de service public ; que, par conséquent, les décisions unilatérales qui les investissent de ces missions ont un caractère réglementaire ;

Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté attaqué : Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions, corroborées au demeurant par les débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 29 janvier 1993, que la procédure qu'elles définissent s'applique aux seules délégations consenties par voie contractuelle ; que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX ne peut, par suite, utilement s'en prévaloir à l'encontre d'un acte réglementaire qui agréé la personne chargée de gérer un service public dans les conditions prévues par l'article 5 du décret du 28 août 1991, alors même que cet agrément a impliqué la conclusion ultérieure d'une convention pour fixer, dans des conditions qui ne conduisent pas à la requalifier en décision unilatérale, certaines modalités de gestion du service et que le gestionnaire est exclusivement rémunéré par les usagers ;[...]

Document 7 :

CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736

[...] Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par des délibérations en date des 12 février et 26 mars 1998, le conseil municipal d'Aix-en-Provence a accordé à l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence des subventions d'un montant respectif de six et deux millions de francs ; que la commune d'Aix-en-Provence se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 juillet 2005 par lequel, saisie par M. et Mme Armand, la cour administrative d'appel de Marseille, infirmant les jugements du tribunal administratif de Marseille du 29 juin 2000, a annulé pour excès de pouvoir les délibérations litigieuses ; [...]

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

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

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

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout

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

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

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

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

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

commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme Armand ne peuvent, dès lors, utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

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

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et Mme Armand ne sont pas fondés à se plaindre de ce que, par ses jugements du 29 juin 2000, le tribunal administratif de Marseille a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation des délibérations des 12 février et 26 mars 1998 ; [...]

III. Les principaux contrats

Document 8 :

Code de la commande publique (extraits)

Article L.1120-1 :

« Les contrats de concession de travaux ou de services et les contrats de concession de défense ou de sécurité définis au présent titre sont soumis aux dispositions de la troisième partie [sur les concessions, art. L. 3000-1 à L. 3881-3]. »

Art. L. 1121-1 :

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

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

Art. L. 1121-2 :

« Un contrat de concession de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé

au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Article L. 1121-3 :

« Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales. »

Document 8bis :

CE, Sect., 18 oct. 2018, *Électricité de Tahiti [EDT Engie]*, n° 420097

« 5. En premier lieu, dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. Le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée.

6. En second lieu, à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat qui accorde au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession. »

Document 9 :

CE Sect. 16 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022

[...] Considérant, sur le premier point, qu'il ressort des pièces du dossier que le syndicat intercommunal

de la région des Yvelines pour l'adduction d'eau a été créé en 1935 et a concédé en 1936 à une société l'établissement des ouvrages de captage et de canalisation ainsi que l'exploitation du service de distribution d'eau ; que, par la suite, une autre société puis Electricité de France ont été successivement substitués au premier concessionnaire ; qu'en vertu du contrat conclu le 29 novembre 1957, dénommé "traité de concession", la société Sablaise des eaux a elle-même succédé à Electricité de France dans l'exploitation du service ; que si l'article 1er du contrat stipule que "la concession a pour objet le captage, l'adduction, le traitement et la distribution d'eau potable dans les communes du syndicat", il est constant que les ouvrages de service étaient déjà établis à la date de passation du contrat et ont été remis par le syndicat intercommunal à la Société Sablaise des Eaux, laquelle s'engageait à lui verser une redevance en contrepartie de cette remise ; qu'ainsi la situation existant à la date de la conclusion du contrat et l'objet dudit contrat correspondaient, en réalité, à ceux d'un affermage de l'exploitation d'installations déjà construites et non d'une concession chargeant le cocontractant du syndicat d'établir des ouvrages du service ; que si, selon l'article 26 du contrat, la société s'engageait à prendre en charge jusqu'en 1968 les annuités restant dues par le syndicat intercommunal au titre des emprunts que celui-ci avait contractés à l'origine de l'établissement du réseau et à exécuter un important programme de travaux, ces stipulations n'étaient pas de nature à conférer au contrat le caractère d'une concession, alors surtout que le syndicat s'engageait de son côté à verser à la société une subvention égale au montant des travaux ; qu'enfin, si la Société Sablaise des Eaux a été amenée, par la suite, à participer aux investissements réalisés dans le cadre du traité et de ses avenants, il résulte des pièces du dossier que le financement de la plus grande partie de ces investissements restait à la charge du syndicat intercommunal ; que, dès lors, le contrat en date du 29 novembre 1957 est un contrat d'affermage et non un traité de concession contrairement à la dénomination qui lui a été donnée ; [...]

Document 10 :

CE 21 octobre 1985, *Société de transports automobiles Michel Delattre*, n° 51907

[...] Cons. qu'aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 45-2497 du 24 octobre 1945 sur les gares routières de voyageurs, dans sa rédaction applicable jusqu'au 19 juin 1980, date d'entrée en vigueur de la loi n° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local : " Une gare routière de voyageurs est dite publique lorsque toute entreprise de transports publics de voyageurs desservant la localité a le droit de l'utiliser. Les gares routières publiques de voyageurs sont soumises au régime de la concession de l'affermage ou de la régie " ; qu'aux termes du 3e alinéa de l'article 6 du même texte : " Dans le cas où le département ou la commune concède la gare ..., l'acte de concession est approuvé par décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du ministre des transports, après avis du ministre de l'intérieur, ou, si la concession est conforme à un cahier des charges-type établi dans les conditions prévues à l'article 39 de la présente ordonnance, par arrêté concerté du ministre des transports et du ministre de l'intérieur " ; qu'il résulte des dispositions des articles 9 et 10 de ladite ordonnance que la procédure définie par le 3e alinéa de l'article 6 de celle-ci, pour la concession des gares routières publiques, est applicable aux cas d'affermage et d'exploitation en régie de celle-ci ;

Cons. qu'aux termes de l'article 3 du décret n° 77-853 du 22 juillet 1977 relatif aux gares routières de voyageurs : " Dans le cas prévu à l'article 6 3e al. de l'ordonnance du 24 octobre 1945, la concession est approuvée : 1° par décret en Conseil d'Etat lorsque sa durée est supérieure à trente ans ; 2° par arrêté du ministre de l'intérieur et du ministre chargé des transports lorsque le cahier des charges déroge au cahier des charges-type ; 3° par le préfet dans les autres cas " ;

Cons. que, après que le Préfet de la région Picardie, préfet du département de la Somme, ait, par arrêté du 9 novembre 1977, renoncé à exercer le pouvoir concédant au nom de l'Etat, la ville d'Amiens a, par une délibération de son conseil municipal en date du 21 septembre 1978, décidé d'exploiter, selon le régime de la " régie intéressée ", la gare routière qu'elle avait entrepris de réaliser, et a approuvé à cet effet un cahier des charges particulier, ainsi qu'un contrat avec une société ; que le préfet a, par un arrêté en date du 17 mai 1979, autorisé l'exploitation de la gare routière en " régie intéressée " aux clauses et conditions fixées par ces documents ; qu'il a, par un arrêté en date du 28 avril 1980, approuvé le tarif fixant à 16 F par autocar au départ le montant de la taxe d'exploitation instituée à la charge des transporteurs routiers utilisant la gare routière et qui figurait à l'article 10 du cahier des charges particulier susmentionné, approuvé le 17 mai 1979 ;

Cons. qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 2 de l'ordonnance du 24 octobre 1945 sur les gares routières de voyageurs, applicables en l'espèce, que les gares routières publiques de voyageurs peuvent être exploitées selon le régime de la concession, de l'affermage ou de la régie ; que, par application des dispositions de l'article 39 de ladite ordonnance, chacun de ces modes d'exploitation a fait l'objet d'un cahier des charges général approuvé par des décrets en Conseil d'Etat, en date du 16 mars 1948 pour la concession, du 7 janvier 1952 pour la régie et du 28 novembre 1953 pour l'affermage ;

Cons. que le cahier des charges retenu par la ville d'Amiens pour l'exploitation de la gare routière publique de voyageurs créée par elle ne constitue une simple application ni du cahier des charges-type de la régie, lequel repose sur un mode d'exploitation directe par la collectivité intéressée, ni du cahier des charges-type de la concession, ni du cahier des charges-type de l'affermage, mais représente une combinaison de ces différents modes d'exploitation ; qu'il suit de là que le cahier des charges particulier adopté par le conseil municipal d'Amiens par sa délibération en date du 21 septembre 1978 présentait un caractère dérogatoire par rapport aux cahiers des charges-type susmentionnés et ne pouvait, dès lors être approuvé, en vertu des dispositions précitées du décret du 22 juillet 1977, par arrêté préfectoral ; qu'il en découle que le préfet de la région Picardie, préfet du département de la Somme, était incompétent pour autoriser, par son arrêté du 17 mai 1979, l'exploitation de la gare routière dans les conditions fixées par le cahier des charges particulier dont s'agit et, par voie de conséquence, pour approuver, par son arrêté du 28 avril 1980, le taux de la taxe d'exploitation proposé par la ville d'Amiens, lequel était, au demeurant, déjà fixé par ledit cahier des charges ;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que la société des transports automobiles Michel Delattre est fondée à soutenir que la taxe d'exploitation de la gare routière qui lui a été assignée par la ville d'Amiens, au titre de la période du 15 octobre 1979 au 31 octobre 1981 et de la période correspondante aux mois de janvier et février 1982 est dépourvue de fondement légal, et à demander, dès lors, l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif d'Amiens a rejeté sa demande en restitution de ladite taxe ; [...]

Document 11 :

CE Sect. 7 avril 1999, *Commune de Guilhaierand-Granges*, n° 156008

[...] Considérant, qu'en vertu des stipulations des traités de gérance passés par la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES avec la compagnie générale des eaux, la rémunération de cette société comporte, d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une partie fixe représentée par la location des compteurs, et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué,

d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau ; que ces rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la commune ; que, par suite, la conclusion de ces contrats, quelle que soit la qualification choisie par les parties, était soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales ; que si la commune soutient subsidiairement, qu'une mise en concurrence a été mise en oeuvre, elle ne verse au dossier aucun élément permettant de justifier que les règles du code des marchés ont été observées ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le tribunal administratif de Lyon a annulé les traités de gérance passés entre la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES et la compagnie générale des eaux, pour le service de distribution d'eau potable et le service d'assainissement [...]

Document 12 :

Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 67

I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat.

Document 12 bis :

Étude d'impact de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, pp. 58 et s, « Unification des PPP autour du marché de partenariat »

État des lieux

Les montages complexes associant partenaires publics et privés sont nés de la pratique à partir d'instruments d'occupation domaniale (BEA et AOT constitutives de droits réels) créés pour pallier les rigidités du régime de la domanialité publique et du CMP.

Ces montages ont inspiré le législateur qui a étendu, à de nombreuses reprises, le champ d'application de ces dispositifs (création de BEA/AOT sectoriels – dispositifs LOPPSI/LOPJ, BEH, BEA logements sociaux – et du BEA valorisation).

Un risque de requalification par le juge administratif de ces montages existe. Lorsque ces partenariats public-privé répondent aux besoins de la personne publique, ils constituent des contrats de la commande publique. Or, ils ne respectent pas toujours le régime de passation imposé à ce type de contrat afin de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Une tentative de rationalisation a été amorcée pour les BEA depuis l'adoption de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011. Ils sont venus rappeler que les BEA des collectivités territoriales, qui peuvent s'analyser comme des contrats de la commande publique, doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces contrats.

Cette solution ne fait que requalifier les contrats domaniaux en contrats de la commande publique, sans réforme d'ampleur : les incertitudes juridiques demeurent quant au régime applicable à ce type de contrats et la confusion entre contrat de la commande publique et titre d'occupation domaniale n'est pas levée.

Objectifs

Afin de clarifier et simplifier le cadre législatif et réglementaire des PPP, les différentes formules contractuelles existantes sont unifiées et consolidées autour d'un contrat de partenariat rénové, qui devient l'unique forme de partenariat public-privé sous le nom de marché de partenariat.

Cette rationalisation permettra de recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire les relations entre l'occupant privatif du domaine public et la collectivité propriétaire. Le risque de requalification de ces contrats sera ainsi réduit. Les souplesses offertes par ces montages seront néanmoins intégrées dans le régime rénové du contrat de partenariat dans une logique d'unification.

Impacts

L'unification des PPP autour du marché de partenariat aura pour impact de clarifier la frontière entre les outils d'occupation du domaine public et les contrats de la commande publique. La sécurité juridique de ces contrats sera donc accrue.

En outre, cette clarification entraînera une augmentation du nombre de contrats passés en marché de partenariat, dont le cadre juridique est sécurisé, du fait de l'intégration dans son champ d'outils, peu encadrés, de type BEA et AOT détournés de leur vocation d'origine.

Selon la MAPPP, depuis 2004, près de 300 BEA et 12 AOT-LOA permettant de réaliser une commande publique ont été conclus. Avec la réforme, ce type d'opérations sera passé sous forme de marché de partenariat.