



SARTORIO - LONQUEUE - SAGALOVITSCH & Associés
Société Civile Professionnelle d'Avocats au Barreau de Paris

SMEPE

Etude juridique pour le choix du système de traitement des déchets

Rapport juridique — Phase 3

Rapport rédigé par :

B. Eglie-Richters

C. Bernard



CONTEXTE

Le syndicat mixte entre Pic et Etang (ci-après « SMEPE ») possède une usine d'incinération des ordures ménagères avec valorisation énergétique (ci-après « UVE ») d'une capacité de 120 000 tonnes par an située à Lunel-Viel.

L'usine a été mise en service au 1^{er} juin 1999, avec travaux de mise en conformité en 2009.

Cette installation est exploitée par la société OCREAL (filiale de SITA) sur la base d'un bail emphytéotique administratif et d'une convention de délégation de service public non détachable ayant pour objet la conception, le financement, la réalisation et l'exploitation de l'usine d'incinération avec valorisation énergétique.

Le contrat de délégation de service public conclu avec la société OCREAL pour le traitement des déchets ménagers et assimilés du syndicat s'achève le 30 juin 2019.

En prévision de cette échéance, le SMEPE a décidé de faire réaliser une étude qui lui permettra de choisir son système de traitement des déchets le mieux adapté au contexte local, à moyen terme (entre 10 et 15 ans).

Le présent rapport juridique intervient au terme de la Phase 3, Etude de faisabilité, qui a pour objectif de détailler les montages juridiques pouvant être envisagés et de procéder pour chacun à une analyse avantages/inconvénients.

A titre préalable, et au regard du projet envisagé qui comporte une tranche conditionnelle de travaux permettant l'implantation d'activités de serristes aux alentours du site, nous nous sommes demandés si cela avait une incidence sur le régime juridique.

Nous verrons que tel n'est pas le cas et vous détaillerons donc les différents modes d'exploitation de cette usine d'incinération comme suivant :

- L'exploitation en régie (I) ;
- L'exploitation par le biais d'un marché public (II) ;
- L'exploitation par le biais d'une délégation de service public (III) ;
- L'exploitation par le biais d'une SEMOP (IV) ;



- Tableau synthétique des différents modes de gestion (V) ;
- Annexe : Calendrier prévisionnel des procédures.



A titre préalable, sur le régime juridique du projet

Le projet du SMEPE repose sur le renouvellement de son UVE. A cela s'ajoute une tranche conditionnelle de travaux permettant l'implantation de l'activité de serriste aux alentours de l'usine.

Nous nous sommes demandé si l'introduction de cette tranche de travaux avait une incidence sur le régime juridique des contrats pouvant être passés.

Les nouveaux textes en vigueur ont simplifié la distinction entre les contrats de services et les contrats de travaux.

En effet, l'article 5 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que :

« III. - Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

IV. - Lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ».

Il ressort de cet article que si les travaux sont majoritaires dans le marché public alors ce marché public devra être qualifié de marché public de travaux et revêtir son régime juridique.

A contrario, si les travaux ne constituent qu'un accessoire du marché public de service on peut considérer que ce marché public restera soumis au régime juridique du marché public de service.

En l'espèce, et sous réserve d'une confirmation de votre part, le projet exposé ne semble présenter qu'une tranche conditionnelle de travaux qui apparaît accessoire au niveau de son importance au sein du projet mais également de son coût financier.

Aussi, on peut considérer que l'introduction de cette tranche conditionnelle ne sera pas de nature à engendrer une modification du régime juridique du contrat qui sera qualifié de marché public de service.



De manière similaire, les nouveaux textes encadrant les contrats de concession (DSP) reprennent cette formulation.

En effet, l'article 6 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession dispose que :

« II. - Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

III. - Lorsqu'un contrat de concession porte sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux ».

Comme dit précédemment, au vue de la faible ampleur des travaux, la concession qui sera mise en place semble pouvoir revêtir la qualification de concession de service public.

En conséquence, le régime juridique du contrat mis en place ne semble pas être modifié en raison de l'introduction d'une tranche de travaux conditionnelle accessoire. Nous vous détaillerons en suivant les différents modes d'exploitation qui peuvent être mis en place pour la gestion de votre UVE.



I. L'exploitation en régie

L'exploitation en régie d'un service public administratif ou d'un service public industriel et commercial par un syndicat mixte est bien évidemment possible en vertu des dispositions des articles L.1412-1 et L.1412-2 du code général de la propriété des personnes publiques (CGCT). Ces textes renvoient aux dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II de la deuxième partie qui concernent les régies municipales.

I.1. Les différents types de régies

L'article L2221-4 du CGCT dispose que :

« Les régies mentionnées aux articles L. 2221-1 et L. 2221-2 sont dotées :

1° Soit de la personnalité morale et de l'autonomie financière, si le conseil municipal ou le comité du syndicat en a ainsi décidé ;

2° Soit de la seule autonomie financière ».

Deux types de régie peuvent donc être mis en place pour l'exploitation de l'UVE.

I.1.1. La régie autonome

Cette forme de régie est prévue par l'article L.2221-11 du CGCT. Elle ne dispose pas de la personnalité morale mais seulement de l'autonomie financière.

Les régies autonomes sont créées et leur organisation administrative et financière déterminées par délibération du comité syndicale qui fixe les statuts et le montant de la dotation initiale.

La régie dotée de l'autonomie financière est administrée sous l'autorité de l'exécutif de la collectivité et de l'assemblée délibérante par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur.

Dotée d'une autonomie budgétaire ou financière, elle dispose d'organes de gestion attitrés. Les produits et charges de cette régie sont comptabilisés dans un budget annexe à la collectivité ou au groupement de collectivités qui la crée.



I.1.2. La régie personnalisée

La régie personnalisée est prévue par l'article L.2221-10 du CGCT. Cette forme de régie est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

La régie personnalisée est placée sous le contrôle de la collectivité. Cependant, elle est financièrement autonome et est dotée d'une personnalité juridique distincte de la collectivité de rattachement. Elle applique les règles de la comptabilité publique.

Ce mode de gestion permet de constituer une entité juridique parfaitement autonome contrôlée par la collectivité. Cependant, sa mise en place apparaît relativement lourde ainsi que son mode de fonctionnement.

En tout état de cause, les deux formes de régie sont soumises au même régime juridique que nous allons voir en suivant.

I.2. Le régime de l'exploitation par régie

Indépendamment de la forme de régie choisie, sa création se fait par délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité qui souhaite la mettre en place.

La régie ne peut être créée que dans le domaine de compétence de la collectivité.

En l'espèce, le SMEPE est compétent en matière de traitement des déchets. Il pourra donc mettre en place librement une régie chargée de l'exploitation de l'UVE.

I.2.1. Le transfert du personnel

Le personnel qui était affecté à la gestion de l'usine d'incinération et de valorisation énergétique devra être repris par le SMEPE dans le cadre de la mise en régie.

En effet, il est de jurisprudence constante que l'article L. 1224-1 (*ex-art. L. 122-12*) du Code du travail qui impose la continuation des contrats de travail en cas de changement de statut juridique de l'entreprise est applicable au cas de la reprise en régie d'un service public industriel et commercial ou administratif, dès lors que ce service continue d'être exploité par la collectivité publique sous la même forme (Conseil d'Etat, 22 octobre 2004, Lamblin, n°245154).



La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, prévoit en son article 20 les dispositions suivantes :

« Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ses salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée, selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leurs contrats, la personne publique procède à leur licenciement dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat ».

La reprise de la gestion de l'UVE en interne au travers de la mise en place d'une régie implique donc le transfert du personnel de l'ancienne DSP au sein du SMEPE.

Ce transfert entrainera un fort coût pour le SMEPE, élément important à prendre en compte lors du choix du mode de gestion.

I.2.2. Le transfert de l'ensemble des risques au SMEPE

La gestion en régie de l'UVE a pour conséquence de transférer les entiers risques au SMEPE.

En effet, la gestion sera exclusivement assurée par le SMEPE et ce dernier portera les entiers risques d'exploitation de cette UVE.

I.3. Les avantages / inconvénients

L'exploitation en régie présente **certaines avantages** :

- Elle permet la maîtrise totale du SMEPE sur la gestion de l'usine d'incinération et de valorisation énergétique;
- Elle permet aux élus de mieux se réappropriier la gestion du service public avec une meilleure visibilité auprès des populations.



Cependant, **les inconvénients** de l'exploitation en régie sont très nombreux :

- Une lourdeur dans la gestion;
- La prise en charge du personnel de l'ancien délégataire ;
- Le transfert des risques d'exploitation dans leur totalité au SMEPE.

Il résulte de notre expérience que l'exploitation en régie n'est pas le mode de gestion le plus adapté à l'exploitation d'un ouvrage industriel comme l'UVE.

En effet, le savoir-faire nécessaire à son fonctionnement n'est pas que celui du personnel employé sur site, il est aussi celui des ingénieurs des grands groupes industriels qui viennent en appui du personnel présent sur le site.

De plus, les risques et les aléas d'exploitation apparaissent trop nombreux.

Aussi, nous ne vous conseillons pas la reprise en régie de l'UVE.



II. L'exploitation par le biais d'un marché public

Le SMEPE peut également décider de passer un marché public pour l'exploitation de son usine d'incinération. Ce contrat constituant la loi des parties il conviendra de déterminer les missions que vous souhaitez confier au titulaire.

Nous vous exposerons les caractéristiques générales du marché public d'exploitation (1) pour mettre l'accent sur les risques intervenant dans un tel schéma (2) et enfin développer les procédures pouvant être mise en œuvre (3).

II.1. Les caractéristiques générales du marché public

Les marchés publics sont définis de façon très classique à l'article 4 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui dispose que :

« Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...). ».

Et l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que :

«III. - Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services ».

Ce marché public consistera en l'exploitation des installations de l'UVE. Comme nous l'avons vu à titre liminaire, ce marché public pourra prévoir des travaux permettant le développement de l'activité des serristes dans la mesure où ces travaux constituent uniquement un accessoire. En effet, si tel n'était pas le cas le marché public de services devrait être qualifié de marché public de travaux et son régime juridique serait différent.

II.2. Les risques pesant sur le SMEPE

Dans le cadre de la passation d'un marché public d'exploitation, le SMEPE devra assumer la grande majorité des risques inhérents à la gestion du service public.



En effet, dans un marché public d'exploitation, les recettes sont considérées comme des recettes publiques, qui sont la propriété du SMEPE.

Le risque lié à la variation et/ou perception des recettes complémentaires devra être ainsi porté par le SMEPE.

Cet élément doit être fortement pris en considération dans le cadre du choix du mode de gestion pour l'UVE.

Il est toutefois possible de mettre une part de risque à la charge de l'exploitant, en particulier par exemple en lui demandant de s'engager sur un forfait au titre du Gros Entretien Renouvellement (GER).

Il est également possible de prévoir une forme d'intéressement à la qualité de l'exploitation et aux performances d'exploitation. Mais cet intéressement doit rester modeste afin que le contrat ne puisse être qualifié en délégation de service public.

II.3. La procédure de passation du marché public d'exploitation

La procédure de ce marché de service dépendra du montant de la rémunération du titulaire pendant la durée du marché, étant précisé qu'en l'espèce le montant sera sensiblement supérieur au seuil de 209.000 € HT.

Le marché public de services devra donc être passé selon l'une des procédures formalisées définies à l'article 42 de la nouvelle ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015:

- La procédure d'appel d'offre ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation;
- La procédure concurrentielle avec négociation par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou de développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.



Dans le cas où votre projet présenterait la tranche conditionnelle de travaux permettant l'implantation des activités de serristes aux alentours de l'usine d'incinération, la procédure d'appel d'offre ne nous semble pas adaptée dans la mesure où ce projet présenterait une trop forte complexité.

Nous nous concentrerons donc sur la mise en œuvre d'une procédure concurrentielle avec négociation ou d'un dialogue compétitif, procédures dont les cas de recours sont limitativement énumérés à l'article 25.II du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

La justification permettant d'avoir recours à l'une de ces deux procédures plutôt qu'à une procédure d'appel d'offres s'illustre en l'espèce selon les deux cas suivants :

- Soit le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- Soit le marché public comporte des prestations de conception.

En l'espèce, on peut estimer que votre projet nécessite des efforts d'adaptations dans la mesure où la gestion d'une UVE revêt une certaine complexité et ne s'apparente pas à un bâtiment dit « standard ».

De plus, la tranche conditionnelle des travaux permettant l'implantation des activités de serristes implique des prestations de conception.

Notons que dans la mesure où le recours à ces deux procédures est possible dans les mêmes conditions, il semble que le pouvoir adjudicateur puisse choisir librement de recourir à l'une ou à l'autre.

Des éléments de distinction sont à noter entre le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation :

- La finalité de ces deux procédures n'est pas la même puisque le dialogue compétitif vise pour la personne publique « à *définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins* » alors que la procédure concurrentielle avec négociation vise à « *négoier les conditions du marché public* » (article 42 de l'ordonnance n°2015-899).
- Dans le dialogue compétitif, les besoins sont exprimés sous forme d'exigences à atteindre alors que dans la procédure concurrentielle avec négociation les caractéristiques des prestations attendues sont précisément définies (article 75 du décret n°2016-360 pour le dialogue compétitif et article 71 de ce même décret pour la procédure concurrentielle avec négociation).



- Dans les propositions initiales du dialogue tous les aspects du marché peuvent être discutés alors que dans la procédure négociée les exigences minimales et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations (article 76 du décret n°2016-360 pour le dialogue compétitif et 73 de ce même décret pour la procédure concurrentielle avec négociation).
- Dans le dialogue des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale alors que la négociation des offres finales est clairement exclue dans la procédure négociée (article 76 du décret n°2016-360 pour le dialogue compétitif et 73 de ce même décret pour la procédure concurrentielle avec négociation).

Cependant, il convient de préciser que de telles différences ne sont pas si déterminantes, la frontière entre un programme fonctionnel (dialogue compétitif) et un cahier des charges (procédure concurrentielle avec négociation) étant en pratique délicate à tracer.

En définitive, le seul véritable point de différenciation entre ces deux procédures repose sur l'appréhension relative ou non de son projet par la personne publique.

En l'espèce, le projet visé semble pouvoir se faire au travers d'exigences minimales fixées dès le lancement de la procédure par le SMEPE.

Sous réserve d'une confirmation de votre part sur cette possibilité, il nous semble que la procédure concurrentielle avec négociation sera à privilégier sur le dialogue compétitif.

Il est important de préciser qu'aussi bien dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation que du dialogue compétitif il est possible de limiter le nombre de candidats admis à négocier. Il résulte ainsi de l'article 47 du décret n°2016-360 que :

« L'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

L'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence (...), les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Le nombre de candidats retenus est suffisant pour assurer une concurrence effective. Toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs, en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq ; en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre



minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises ».

Enfin, la procédure concurrentielle avec négociation, bien qu'évidemment lourde, le semble toutefois moins que la procédure de dialogue compétitif.

II.4. Les avantages / inconvénients

Le marché public d'exploitation présente **les avantages suivants** :

- La gestion de l'usine d'incinération est confiée à un opérateur économique ;
- Le SMEPE bénéficie ce faisant de l'expertise et du savoir-faire de l'opérateur économique, tout en conservant une maîtrise du service public et, on peut le supposer, un droit de regard plus important et plus direct sur l'exploitation que dans un schéma en délégation de service public.

Cependant, l'exploitation via un marché public présente **certains inconvénients** :

- Les risques inhérent à la gestion du service public reposent très majoritairement sur le SMEPE ;
- Le paiement des travaux de la tranche conditionnelle est intégral et immédiat ;
- Risques contentieux liés à la conclusion d'une convention de coopération publique avec 3M.

Le marché public d'exploitation suppose une forte implication du SMEPE dans la gestion des paramètres de l'exploitation :

- **Gestion du vide de four,**
- **Commercialisation des mâchefers,**
- **Vente d'énergie (électricité et chaleur).**

En raison du maintien de ce risque d'exploitation pour le SMEPE, la délégation de service public nous semble a priori plus adaptée que le recours au marché public (nous y reviendrons).



II.5. Un calendrier prévisionnel

Le calendrier repose sur la procédure choisie pour confier l'exploitation de l'usine d'incinération et de valorisation énergétique à un opérateur économique.

Si la procédure concurrentielle avec négociation est choisie, il convient d'anticiper largement en amont sa mise en œuvre puisqu'il s'agit d'une procédure relativement lourde.

La délégation de service public prenant fin au 30 juin 2019, le lancement de la procédure doit avoir lieu en novembre 2017.

Vous trouverez en annexe un calendrier détaillé de la procédure concurrentielle avec négociation.



III. L'exploitation par le biais d'une délégation de service public

Après une présentation des caractéristiques de la délégation de service public (III.1), nous verrons que le recours à ce type de contrat n'est pas toujours possible. Encore faut-il en effet qu'il soit possible d'identifier un risque d'exploitation qui sera à la charge du titulaire (III.2).

Au cas particulier d'une UVE, nous verrons que le risque d'exploitation se manifeste principalement dans la mission confiée au délégataire de commercialiser le vide de four.

Nous nous sommes en conséquence interrogés sur la possibilité juridique que le SMEPE passe une délégation de service public s'il devait conclure un contrat d'apport avec 3M, privant ce faisant le délégataire de tout risque lié à la commercialisation du vide de four.

La question est délicate et nécessite de réfléchir à tous les centres d'économies permettant de transférer un risque à l'exploitant (III.3).

III.1. Les caractéristiques générales de la DSP

Le droit des délégations de service public a connu une évolution sensible en 2016.

En effet, la délégation de service public est désormais, aux termes de l'article L. 1411-1 du CGCT dans sa version entrée en vigueur au 1^{er} avril 2016 :

« 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 ».

Précisément, une délégation de service public est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers la gestion d'un service public à ses risques et périls en mettant à sa disposition, les ouvrages nécessaires au service.



Il ressort immédiatement de la lecture de ce texte que la nouvelle définition de la DSP se situe dans la continuité de la précédente définition, telle notamment que ses contours avaient été précisés par la jurisprudence : la notion de risque d'exploitation porté par le délégataire étant désormais au cœur de la définition.

Et nous verrons à cet égard que l'origine des recettes (prix payé par la collectivité ou, à l'inverse, recette commerciale extérieure) est, si ce n'est indifférente à la qualification de DSP, du moins significativement moins importante que ce qu'elle fût à l'origine du droit des DSP.

Telle est la raison pour laquelle l'UVE devrait pouvoir faire l'objet d'une DSP, sous réserve que des précautions de rédaction contractuelle soient prises.

III.2. Le transfert des risques

Les délégations de service public se caractérisent par « *le transfert à un ou plusieurs opérateurs économiques d'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 prix¹* ».

C'est pourquoi, il est couramment exprimé que le délégataire assure l'exploitation du service public « *à ses risques et périls* ».

En l'espèce, cela signifie que le SMEPE devra démontrer que la viabilité financière de l'exploitation est étroitement liée à la capacité du délégataire à optimiser les recettes d'exploitation.

L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 précise en son article 5 que:

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

Cette définition, reprise bien évidemment des nouvelles directives communautaires, est en réalité encore davantage issue de la jurisprudence de la CJUE qu'elle ne l'est de celle du Conseil d'Etat. Il est à cet égard intéressant de citer un important arrêt de

¹ Article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

2011, dans lequel la CJUE avait exposé ce qu'il convient d'entendre par « une exposition aux aléas du marché » :

« le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché, lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service. En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services »².

A la lumière de ce qui précède, est-il possible d'envisager de transférer au titulaire du contrat d'exploitation d'une UVE un risque d'exploitation, de telle sorte que son contrat soit qualifié de délégation de service public ?

Nous répondrons à cette question en suivant.

III.3. Les risques d'exploitation de l'usine d'incinération et de valorisation énergétique

A titre préalable, notons que si la commercialisation du vide four est laissée à la charge du délégataire la conclusion d'une délégation de service public ne pose aucun problème dans la mesure où un risque d'exploitation est largement transféré au délégataire, le vide de four représentant 1/3 de la capacité de l'UVE.

Cependant, la réponse n'est pas la même si le SMEPE envisage de conclure avec 3M une convention d'apport de déchets.

En effet, cette convention aurait pour effet de priver le délégataire du risque de commercialisation du vide de four.

En raison de cette absence de risque, il faut se demander si la mise en place d'une délégation de service public est toujours envisageable.

² CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09

Pour répondre à cette interrogation, il convient de reprendre les principales données du contrat connues à ce jour. Nous savons que :

- La majorité des recettes perçues par l'exploitant proviendra du SMEPE pour chaque tonne de déchet traitée **(a)** ;
- L'exploitant bénéficiera de recettes de vente d'énergie (électricité et chaleur) **(b)** ;
- L'exploitant pourrait subir un aléa lié à la « commercialisation » des mâchefers **(c)**.

a. Le fait que les recettes proviennent en majorité d'un prix payé par une personne publique ne permet en aucun cas d'exclure la qualification de délégation de service public³.

En revanche, il est évident que l'identification d'un risque d'exploitation implique par essence, que ce risque est plus important lorsque les recettes proviennent de tiers, que lorsque les recettes sont versées par les personnes publiques.

Dès lors, face à un schéma contractuel dans lequel plus de la moitié des recettes proviennent d'un prix versé par le SMEPE puisque ce dernier apporte 80 000 tonnes de déchets pour une capacité de 120 000 tonnes, des précautions sont à prendre, et ce notamment en raison du fait que le risque provenant de l'exploitation du vide de four est écarté :

- L'exploitant ne devrait pas avoir de garantie d'apport minimal de quantités de déchets par le SMEPE.

Le SMEPE peut certes en théorie s'engager à confier l'exclusivité du traitement au titulaire mais il ne doit pas s'engager sur des quantités.

- **Dans tous les cas, une clause du contrat devrait expressément prévoir que le délégataire assume seul le risque de la variation des quantités de déchets à trier, quelle qu'en soit l'origine et notamment lorsque cette variation est en lien avec : une modification des plans de prévention et de gestion des déchets, une baisse de consommation des ménages, la mise en place de la filière bio-déchets, le tri-valorisation des encombrants...**

Et il est fondamental à cet égard qu'aucun mécanisme contractuel ne puisse corriger une éventuelle variation des quantités apportées.

³ CE. 5 juin 2009, *Sté Avenance Enseignement et Santé*, n° 298641.



Au final, nous concluons sur ce point qu'il est possible de laisser subsister une part de risque au délégataire, y compris sur la partie des recettes qu'il perçoit en provenance du SMEPE. Mais cette part de risque ne suffit très certainement pas à elle seule à permettre la qualification du contrat en délégation de service public. Si le contrat est rédigé dans le sens que nous préconisons, il s'agira davantage d'un indice donné au juge qui contribuera au final, avec les autres indices, à la qualification d'une délégation de service public.

b. L'exploitant pourra bénéficier des recettes issues de la vente d'énergie (électricité et chaleur).

Cependant, ces recettes d'exploitation apparaissent relativement modestes au regard de la totalité des recettes d'exploitation.

c. Enfin, l'exploitant pourrait subir un aléa lié à la « commercialisation » des mâchefers.

Cependant, une nouvelle fois, ces recettes nous apparaissent relativement modestes, voire négligeables.

Ainsi, au vu de la faible importance des recettes d'exploitation qui existeraient dans le cas de la conclusion par le SMEPE d'une convention d'apport avec 3M, il nous paraît difficile d'affirmer qu'une délégation de service public serait toujours possible.

Au final, si la commercialisation du vide de four est laissée au délégataire la mise en place d'une délégation de service public ne pose aucun problème.

Cependant, dans l'hypothèse où le SMEPE conclurait avec 3M une convention d'apport des déchets, la mise en place d'une délégation de service public ne nous semble pas envisageable et le recours à un marché public d'exploitation nous semble plus approprié.

III.3. Les avantages / inconvénients

La délégation de service public présente **de nombreux avantages** :

- Elle entraîne le transfert des risques juridiques et financiers à l'opérateur économique ;



- Le SMEPE, tout comme en marché public, bénéficie de l'expertise et du savoir-faire d'un opérateur économique ;
- Le délégataire est chargé de préfinancer et de financer les travaux de la tranche conditionnelle.

Ce schéma présente aussi **des inconvénients** :

- Moindre maîtrise de la gestion de l'usine d'incinération ;
- Contrôle du délégataire à assurer ;
- Risques contentieux liés à la conclusion d'une convention de coopération publique avec 3M.

L'exploitation de l'UVE par le biais de la DSP est, en principe et sans hésitation, le mode de gestion le plus avantageux, pour autant que le SMEPE ne conclut pas avec 3M une convention d'apport des déchets.

Dans l'hypothèse inverse, nous vous conseillons de privilégier le recours au marché public d'exploitation.

Précisons pour conclure que la délégation de service public supposera une forte implication du SMEPE dans le contrôle de l'exploitant.

III.4. Un calendrier prévisionnel

Dans la mesure où l'actuel délégation de service public prendra fin au 30 juin 2019, la mise en place d'une nouvelle délégation de service public devra être anticipée afin d'assurer un parfait enchaînement entre les deux contrats.

Le lancement de la procédure pour la nouvelle délégation de service public devra intervenir aux alentours de novembre 2017.



IV. La création d'une SEMOP

Dans une dernière hypothèse, on peut envisager que le SMEPE mette en place une SEMOP afin d'assurer l'exploitation de son UVE.

IV.1. Les caractéristiques de la SEMOP

La loi n°2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

Selon l'article L.1541-1 alinéa 1^{er} du CGCT:

*« I.- Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, **avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence** dans les conditions définies à l'article L. 1541-2, une société d'économie mixte à opération unique ».*

La SEMOP permet, en une seule procédure de publicité et de mise en concurrence, la création d'une société d'économie mixte et l'attribution simultanée d'un contrat de la commande publique à la SEMOP, avec l'opérateur (actionnaire) désigné par la mise en concurrence.

➤ La constitution du capital

La SEMOP est un outil de coopération publique/privée. Elle est composée d'au moins deux actionnaires :

- un actionnaire public (collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales) ;
- un opérateur économique.

La collectivité locale ou le groupement de collectivités territoriales, en l'espèce le SMEPE, devra détenir entre 34 % et 85 % et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part du capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15%.



➤ La définition de l'objet social

La SEMOP est constituée à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un seul contrat avec la collectivité actionnaire, en l'espèce la SEMOP serait exclusivement dédiée à l'exploitation de l'UVE de Lunel-Viel.

En effet, l'article L.1541-1, I, du CGCT dispose que :

*« La société d'économie mixte à opération unique est constituée, pour une durée limitée, **à titre exclusif** en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales dont l'objet unique est :*

1° Soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;

2° Soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ;

3° Soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales ».

Au cas particulier, la SEMOP serait créée en vue de la gestion du service public de traitement des déchets. Il est important de préciser que cet objet unique ne pourra être modifié pendant toute la durée du contrat.

La SEMOP est créée pour une durée limitée, celle de l'exécution du contrat pour lequel elle a été constituée.

En effet, la société sera dissoute de plein droit au terme du contrat avec le SMEPE ou dès que l'objet de ce contrat sera réalisé ou aura expiré.

➤ La sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques

L'article L.1541-2 du CGCT dispose que :

« I.- Sous réserve du présent article, la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux contrats de concession ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique.



Sont applicables les procédures subséquentes pouvant être mises en œuvre lorsque l'appel public à la concurrence est infructueux (...) ».

Il s'agit donc d'une procédure globale qui permet de choisir à la fois l'actionnaire de la SEMOP et le cocontractant.

Cet article précise à son III que :

« III.- En complément des informations obligatoires selon la nature du contrat destiné à être conclu, l'avis d'appel public à la concurrence comporte un document de préfiguration, précisant la volonté de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales de confier l'opération projetée à une société d'économie mixte à opération unique à constituer avec le candidat sélectionné ».

L'avis d'appel public à concurrence, quel que soit le contrat choisi (DSP ou marché public), devra comporter un document de préfiguration de la SEMOP indiquant notamment la part du capital que le SMEPE souhaite détenir, les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont elle souhaite disposer, ainsi que le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité.

Précisons que la forme du contrat sera choisie par le SMEPE (délégation de service public ou marché public) et que les modalités de la mise en concurrence initiale du contrat et de l'actionnaire opérateur obéissent aux règles s'imposant audit contrat.

A l'issue de la mise en concurrence et de la sélection du candidat, sont arrêtés et publiés les statuts de la société d'économie mixte à opération unique ainsi que, le cas échéant, le pacte d'actionnaires conclu.

Le contrat, comportant les éléments prévus par l'appel public à la concurrence, est conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique, qui est substituée au candidat sélectionné pour l'application des modalités de passation prévues selon la nature du contrat.

IV.2. Le transfert des risques à la SEMOP

Le portage des investissements dépendra du contrat passé avec la SEMOP, toutefois il y aura *a minima* une participation obligatoire du SMEPE dans le capital de la SEMOP.



De plus, les risques d'exploitation sont certes transférés à la SEMOP mais dans la mesure où le SMEPE en serait actionnaire, cela ferait peser indirectement un risque sur ce dernier, risque qui sera alors fonction du contrat conclu par la SEMOP mais également du pourcentage d'actionnariat du SMEPE dans la SEMOP.

IV.3. Les avantages / inconvénients

La SEMOP présente **certains avantages** :

- Il sera possible de confier à la SEMOP l'exploitation de l'usine d'incinération et de valorisation des déchets ;
- Elle permet un financement public-privé ;
- C'est un compromis entre régie et DSP ou marché.

Cependant, elle présente **plusieurs inconvénients**:

- Lourdeur de sa constitution. Dès l'avis de publicité, la personne publique doit avoir déterminé très précisément les conditions d'organisation de la SEMOP et du contrat à venir. Le travail en amont est donc très important ;
- Le calendrier pour la mise en place de ce schéma est très long ;
- La négociation portera sur le contrat mais également sur le pacte d'actionnaires et le fonctionnement de la SEMOP (gestion RH, dévolution des biens et contrats lors de la dissolution de la SEMOP, quid des personnels après la SEMOP) ce que les collectivités maîtrisent moins bien.

Le succès de la SEMOP dépendra encore plus de la qualité juridique du contrat et du degré de concurrence que dans une DSP classique.

Le pacte d'actionnaire devra être rédigé avec une grande attention de sorte que le SMEPE (actionnaire) n'assume pas les risques à la place de l'exploitant privé.

Elle impliquera de votre part un travail en amont très important et de définir très précisément votre projet dès l'avis de publicité.

La SEMOP est davantage utile lorsqu'il existe un problème de financement des ouvrages, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.



Devant la complexité de la mise en place de cet outil, nous ne vous recommandons pas de recourir à celui-ci.

IV.4. Un calendrier prévisionnel

Pour mettre en place la SEMOP, le SMEPE devrait se pencher sur sa création bien en amont de la fin de la DSP.

Le lancement de la SEMOP devra intervenir début avril 2017 pour une fin de délégation de service public au 30 juin 2019.



V. Tableau de synthèse

| | Exploitation en régie | Marché public d'exploitation | DSP | SEMOP |
|--|--|---|--|--|
| Structure | Service du SMEPE | Opérateur économique | Opérateur économique | Société anonyme |
| Attribution du service public | Directe sans mise en concurrence | Après mise en concurrence | Après mise en concurrence | Après mise en concurrence |
| Risques supportés par le SMEPE | Risques supportés en totalité par le SMEPE | Risques inhérents à la gestion du service public supportés majoritairement par le SMEPE | Risques d'exploitation transférés majoritairement au délégataire | En fonction de la participation du SMEPE dans la SEMOP |
| Comptabilité | Comptabilité publique | Comptabilité privée | Comptabilité privée | Comptabilité privée |
| Degré de partenariat public / privé | 100% public | 100% privé | 100% privé | Public/Privé |



Annexe : Calendriers prévisionnels des procédures pour une attribution au 1^{er} janvier 2019

I. Calendrier prévisionnel d'un marché public passé selon la procédure concurrentielle avec négociation

➤ Procédure sans réduction du nombre de candidats

▶ 1^{er} Novembre 2017 :

- Publication de l'AAPC dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au JOUE par voie électronique, sur le profil acheteur du SMEPE ;

▶ Décembre 2017 :

- Date limite de réception des candidatures (30 jours au minimum après la publication de l'AAPC).

▶ Février 2018 :

- Ouverture des plis contenant les candidatures ;
- Analyse des candidatures ;
- Décision du Président arrêtant la liste des candidats admis à remettre une offre.

▶ Mars 2018 :

- Envoi du dossier de consultation des entreprises.

▶ Mai 2018 :

- Remise des trois offres initiales (délai minimal de 30 jours) ;
- **Audition immédiate** (le lendemain de la remise des offres), avant analyse (ce schéma permet un gain de temps sur l'analyse des offres et à chacun de s'approprier les offres autrement que sur papier)
- Analyse des offres



► **Juin 2018 :**

- Négociation des offres ;

► **Juillet 2018 :**

- Modifications et compléments éventuels apportés au DCE et information de ces changements portée à la connaissance des candidats
- Les candidats sont informés que le SMEPE entend clôturer les négociations et fixe la date de remise de l'offre finale

► **Septembre 2018 :**

- Remise des offres finales (qui ne sont plus négociables);
- Analyse des offres.

► **Octobre 2018 :**

- La Commission d'appel d'offres attribue le marché
- Délibération du comité syndical
- Information du rejet des candidats non attributaires du marché.

► **1^{er} Janvier 2019 :**

- Mise au point et Signature du marché global de performance qui ne pourra intervenir que dans un délai d'au moins 11 jours après la notification faite aux candidats rejetés si l'AAPC a été communiqué par voie électronique ou d'au moins 16 jours si l'AAPC a été communiqué sous format papier ;
- Publication d'un avis d'attribution dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics ;
- Transmission au contrôle de légalité ;
- Notification du contrat au titulaire, avec mention de la date de transmission du contrat en préfecture.



➤ **Procédure avec réduction du nombre de candidats admis à présenter une offre**

▶ **1^{er} Novembre 2017 :**

- Délibération du comité syndical statuant sur le programme de l'opération
- Le lendemain : publication de l'AAPC dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au JOUE par voie électronique, sur le profil acheteur du SMEPE ;

▶ **Janvier 2018 :**

- Date limite de réception des candidatures (30 jours au minimum après la publication de l'AAPC).

▶ **Jusqu'à fin Février 2018 :**

- Ouverture des plis contenant les candidatures ;
- Analyse des candidatures ;
- Décision du Président arrêtant la liste des 3 candidats admis à remettre une offre.

▶ **Mars 2018 :**

- Envoi du DCE aux 3 candidats admis à remettre une offre

▶ **Juin 2018 :**

- Remise des trois offres initiales ;
- **Audition immédiate** (le lendemain de la remise des offres), avant analyse (ce schéma permet un gain de temps sur l'analyse des offres et à chacun de s'approprier les offres autrement que sur papier)
- Analyse des offres par l'AMO mais sans notation ni classement :
 - analyse du caractère régulier, acceptable et approprié des offres (article 59 du décret),
 - analyse des points forts et faibles des offres,
 - liste de toutes les interrogations soulevées par les offres
 - rédaction d'un rapport et d'une note sur la stratégie de négociation



► **Juillet 2018 :**

- Négociation des offres ;

► **Septembre 2018 :**

- Modifications et compléments éventuels apportés au DCE et information de ces changements portée à la connaissance des candidats
- Les candidats sont informés que le SMEPE entend clôturer les négociations et fixe la date de remise de l'offre finale

► **Octobre 2018 :**

- Remise des offres finales (qui ne sont plus négociables);

► **Novembre 2018 :**

- Rapport d'analyse des offres de l'AMO (avec notation et proposition de classement)

► **Début Décembre 2018 :**

- La Commission d'appel d'offres attribue le marché ;
- Délibération du comité syndical ;
- Information du rejet des candidats non attributaires du marché.

► **1^{er} Janvier 2019 :**

- Mise au point et Signature du marché global de performance qui ne pourra intervenir que dans un délai d'au moins 11 jours après la notification faite aux candidats rejetés si l'AAPC a été communiqué par voie électronique ou d'au moins 16 jours si l'AAPC a été communiqué sous format papier ;
- Publication d'un avis d'attribution dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics ;
- Transmission au contrôle de légalité ;



- Notification du contrat au titulaire, avec mention de la date de transmission du contrat en préfecture.

II. Calendrier prévisionnel d'une délégation de service public

▶ 1^{er} Novembre 2017 :

- Définition du programme et des caractéristiques essentielles du service
- Rédaction du rapport sur le mode de gestion

▶ Décembre 2017 :

- Avis du Comité Technique
- Avis de la CCSPL

▶ Fin-Décembre 2017 :

- Délibération du comité syndicale sur le principe de la DSP
- Délibération du comité syndicale pour l'installation de la Commission Sapin
- Publication d'un avis de concession mentionné à l'article 14 au Journal officiel de l'Union européenne, au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et dans un journal d'annonces légales ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné

▶ Février 2018 :

- Date limite de réception des candidatures

▶ Mars 2018 :

- Analyse des candidatures
- Décision fixant la liste des candidats admis à présenter une offre



► Avril 2018 :

- Envoi du DCE aux candidats retenus
- Information des candidats non retenus

► Mai 2018 :

- Date limite de réception des offres

► Juin 2018 :

- Analyse des offres
- Envoi des convocations et questions aux candidats

► Juillet 2018 :

- 1^{er} tour de négociation avec les candidats

► Août 2018 :

- Envoi des convocations et questions aux candidats

► Septembre 2018 :

- 2^{ème} tour de négociation avec les candidats

► Octobre 2018 :

- Envoi des demandes d'offres finalisées conformément aux négociations

► Novembre 2018 :

- Remise des offres finales et analyse



► Fin Novembre 2018 :

- Réunion de mise au point du contrat
- Rédaction du rapport
- Transmission du rapport à l'exécutif

► Début Décembre 2018:

- Délibération du comité syndical approuvant le choix du délégataire autorisant l'exécutif à signer le contrat
- Information des candidats évincés

► 1^{er} Janvier 2019 :

- Signature de la convention
- Transmission de la convention signée en préfecture
- Notification du contrat au délégataire avec mention de sa transmission en préfecture
- Publication de l'avis d'attribution
- Information du préfet de la notification du contrat au délégataire

