

***LA REGIE COMME MODE
D'EXPLOITATION DES REMONTEES
MECANIQUES***

Thèse pour le Doctorat en Droit
Soutenue publiquement le 3 Décembre 2004
Par Claude Radenac

JURY : M. Philippe Blachère, Professeur à l' Université Lumière Lyon II, Directeur de recherche M. Pierre Esplugas, Maître de conférences à l'Université de Toulouse I, Rapporteur M. Stéphane Laget, Avocat au barreau de Montpellier, Docteur en droit public M. Olivier Négrin, Professeur à l' Université Lumière Lyon II, Président M. Jérôme Trémeau, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Rapporteur

Table des matières

REMERCIEMENTS .	1
Principales Abréviations .	3
INTRODUCTION GENERALE . .	5
Objet de l'étude : . .	7
L'intérêt de l'étude : . .	12
Méthodologie . .	14
Annonce du Plan . .	14
PREMIERE PARTIE : LES FACTEURS DU CHOIX DE LA REGIE POUR LA GESTION DES DOMAINES SKIABLES . .	17
TITRE I – EXPOSE DU DROIT APPLICABLE AUX REGIES EXPLOITANT LES REMONTEES MECANIQUES .	17
<u>CHAPITRE 1</u> – LES SOURCES NATIONALES .	18
<u>CHAPITRE 2</u> : LES SOURCES COMMUNAUTAIRES .	34
TITRE II – LA REGIE FACE AUX AUTRES MODES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES (LE SERVICE DELEGUE) .	51
<u>CHAPITRE 1</u> : LA REGIE UN STATUT ADAPTE POUR L'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES . .	51
<u>CHAPITRE 2</u> : LA REGIE UN MODE DE GESTION EFFICACE POUR L'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES . .	105
CONCLUSION DE LA PARTIE I . .	125
SECONDE PARTIE. LA REALISATION DU CHOIX – LE FONCTIONNEMENT DES REGIES DE REMONTEES MECANIQUES .	127
TITRE I – LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE DES REGIES DE REMONTEES MECANIQUES .	127
<u>CHAPITRE 1</u> : LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES. . .	128
<u>CHAPITRE 2</u> : LES CONTROLES ET LA FIN DES REGIES DE REMONTEES MECANIQUES. .	146
TITRE II – LA GESTION D'ENTREPRISE DES REGIES DE REMONTEES MECANIQUES . .	164
<u>CHAPITRE 1</u> .LA GESTION COMPTABLE ET FINANCIERE DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES .	164

<u>CHAPITRE 2</u> : LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES .	187
CONCLUSION DE LA PARTIE II .	208
CONCLUSION GENERALE .	209
1. Les raisons et l'objectif de la thèse: .	209
2. Les difficultés rencontrées dans la recherche: . .	211
A) Difficultés ayant trait à la collecte d'informations .	212
B) Les difficultés juridiques : .	212
BIBLIOGRAPHIE : . .	219
I- MANUELS, OUVRAGES , THESES ET BROCHURES .	219
II- ARTICLES .	221
III- PUBLICATIONS DE L'ADMINISTRATION .	227
IV- PRINCIPALES JURISPRUDENCES . .	229
A) Jurisprudence du Tribunal des Conflits . .	229
B) Jurisprudence Judiciaire .	230
C) Jurisprudence Administrative .	231
D) Conseil National de la Concurrence .	234
V -Principales Lettres d'observations des chambres régionales des comptes . .	234

REMERCIEMENTS

- **à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Lumière Lyon 2 et à ses Enseignants**, qui ont accepté de valider mon expérience professionnelle pour accéder initialement en DESS de Gestion de la Fonction Personnel dans les Organisations Publiques, m'autorisant ensuite à poursuivre en DEA d'Administration Publique et enfin en Doctorat de Droit Public ;
- **à mes Employeurs publics successifs** qui ont toujours compris l'intérêt pour leur collectivité qu'un cadre territorial suive des cycles longs de formation en Faculté.

Principales Abréviations

- *AJDA* : L' Actualité Juridique Droit Administratif
- *AMSF SHE devenue ANMM* : Association Nationale des Maires de Montagne
- *CADA* : Commission d'Accès aux Documents Administratifs
- *CGCT* : Code Général des Collectivités Territoriales
- *CRC* : Chambre Régionale des Comptes
- *Gazette C-D-R* : La Gazette des Communes, des Départements et des Régions
- *JCA* : Juris-Classeur Administratif
- *JCCT* : Juris-Classeur Collectivités Territoriales
- *JCN Construction-Urbanisme* : Juris-Classeur Construction-Urbanisme
- *J.O* : Journal Officiel de la République Française
- *JOCE devenu JOUE* : Journal Officiel de l'Union Européenne
- *LCT* : Lettre du Cadre Territorial
- *SEATM* : Service Etudes et Aménagements Touristique de la Montagne
- *SEM* : Société d'Economie Mixte
- *SNTF* : Syndicat National des Téléphériques de France
- *STRMTG* : Service Technique des Remontées Mécaniques et des Transports Guidés

INTRODUCTION GENERALE

La loi N°85-30 du 9 janvier 1985, relative au développement et à la protection de la montagne , publiée au journal officiel de la République Française du 10 janvier 1985, est apparue comme étant, pour la première fois en France, une véritable loi d'aménagement du territoire montagnard d'où son surnom de « loi Montagne ».

Cette loi a initié une politique d'ensemble pour la montagne, affectant au moins vingt secteurs différents de la vie économique et sociale ¹ .

Au titre du chapitre II consacré à l'organisation et à la promotion des activités touristiques, la loi aménage en son article 46 un nouveau régime définissant les remontées mécaniques comme un véritable service public de transport de personnes organisé à titre principal par les communes des territoires supports ou par leurs groupements intercommunaux, ainsi que subsidiairement par les départements ² .

En ce qui concerne le mode de gestion de ce service public, l'article 47 de la loi, en son premier paragraphe, dispose que :

¹ Ouvrage édité par la DATAR en 1985- p.27 : « La Montagne, une loi, une politique », Préface de René Souchon et avant-propos de Bernard Attali.

² Art 46 : « *Le service des remontées mécaniques est organisé par les communes sur le territoires desquelles elles sont situées. Les communes ou leurs groupements peuvent s'associer ,à leur demande, au département pour organiser ce service. Toutefois, les dispositions prévues aux deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux remontées mécaniques organisées par les départements avant la publication de la présente loi* ».

« L'exécution du service est assurée soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente ».

Ainsi, avant d'opter pour la solution d'une délégation du service par contrat à une entreprise, l'autorité organisatrice a d'abord le choix de conserver l'exploitation du service en assurant son fonctionnement selon le mode de gestion dénommé « régie » ; étant précisé que cette notion recouvre différentes modalités d'exploitation comme le confirme d'ailleurs la rédaction même de l'article 47 de la loi.

Il n'existe pas de définition légale ou réglementaire du mode de gestion en régie. L'une des plus appropriées aux services locaux semble être celle donnée par M. J.F. BIZET :

« Dans la gestion directe ou régie, la collectivité locale gère le service, soit à l'aide de ses propres services, soit par l'intermédiaire d'un organe autonome qui est son émanation. Il s'agit donc d'une gestion totalement publique »³.

Cette définition mérite d'être complétée par la description suivante :

« Selon leur degré d'incorporation à la collectivité locale (ou au groupement de collectivités locales) « mère », on distingue trois sortes de régies : la régie directe, la régie autonome, la régie personnalisée »⁴.

A partir de ces données, certains auteurs dont René Chapus⁵ font une distinction entre la catégorie de régie relevant de la gestion directe (*dénommée régie simple ou directe*) et la catégorie de régie relevant de la gestion indirecte (*dénommée régie autonome et régie personnalisée*) pratiquée notamment pour la gestion des services industriels et commerciaux.

C'est cette différenciation que semble reprendre à son compte la rédaction de l'article 47 de la loi sachant que la dénomination de « *régie simple ou directe* » se rattache à une définition organique du mode de gestion, tandis que les notions de « *régie autonome* » et de « *régie personnalisée* » relèvent plus d'une approche fonctionnelle de la structure⁶.

Selon le principe dégagé par la jurisprudence⁷, le choix du mode de gestion d'un service public constitue une décision d'opportunité⁸ relevant de la compétence de l'assemblée délibérante de la collectivité organisatrice ; étant même rattaché à l'exercice du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales⁹.

³ In « *Services publics locaux : gestion directe ou déléguée ?* », édition DEXIA 1996 en partenariat avec la FVM p.21.

⁴ Jacques Fialaires, « *Le droit des services publics locaux* », Ed. LGDJ.1998, p.64.

⁵ « *Droit administratif général* », Tome 1, Domat Montchrestien 15^{ème} édition, rub. 807.

⁶ J.C. Douence, « *Les régies locales* », Fasc.62201 Encyclopédie Dalloz des collectivités locales, rub. N° 10.

⁷ CE 4 mai 1906 M.Babin Rec. Leb.p363, concl.Romieu ;

⁸ Il y a lieu tout de même de préciser que cette affirmation ne concerne évidemment pas : « *les services qui, par leur nature ou par la loi, ne peuvent être assurés que par la collectivité locale elle-même* » selon l'art. R 1412-2 du CGCT

Objet de l'étude :

L'objet de l'étude est de contribuer à une réflexion sur la comparaison des modes de gestion des services publics locaux , en développant une thèse favorable aux régies en prenant pour champ d'étude : « *la régie comme mode d'exploitation des remontées mécaniques* ».

Ce secteur représente un poids économique important dans l'industrie nationale des loisirs hivernaux, et l'analyse particulière de la gestion des domaines skiables sous le mode d'exploitation de la régie rejoint les problématiques générales d'organisation et de gestion des services publics locaux.

Le parc français des remontées mécaniques est le plus performant du monde depuis quelques années ¹⁰ .

Ce succès global s'accompagne pourtant d' écarts significatifs entre les massifs comme cela ressort du tableau ci-après :

⁹ Circulaire du Ministère de l'Intérieur du 5 mars 2001 d'application du décret N°2001-184 du 23/02/2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie réglementaire du CGCT Toutefois, ce principe n'est pas absolu selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, par exemple : 20 janvier 1984. Loi relative à la fonction publique territoriale N°83-168 DC : « 4°- *Considérant que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; qu'aux termes de l'article 34 de la constitution « la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources »* . L'encadrement de la Loi doit cependant respecter les dispositions de la Constitution. Par exemple : 25 février 1982. Lois de décentralisations N° 82-137 DC « 4°- *Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 de cet article* ».

¹⁰ Site internet SNTF

¹¹ Statistiques STRMTG Novembre 2002 . site internet SNTF

¹² « Bilan des investissements dans les domaines skiables français en 2002 » sources site SEATM p25 et s.

¹³ Etude précitée SEATM p 7 et s

LA REGIE COMME MODE D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES

	Parcs des équipements évalués suivant leurs puissances ¹¹	Répartition par massif des superficies enneigées artificiellement ¹²	Répartition par massif des investissements ¹³
Alpes du Nord	67%	59%	66%
Alpes du Sud	16.2%	21%	16%
Pyrénées	10.6%	13%	11%
Jura-Vosges-Massif Central	6.1%	7%	7%

La disparité n'est pas seulement géographique mais existe également dans les modes de gestion.

Tandis que seulement 120 stations de ski étaient recensées en France en 1985 ¹⁴, le Syndicat National des Téléphériques de France regroupe environ à ce jour 340 exploitants composés pour une première moitié de structures publiques et pour l'autre moitié d'exploitants privés, les sociétés d'économie mixte incluses dans cette catégorie représentant à peu près un tiers du total ¹⁵.

Ainsi, quantitativement, les différents modes de gestion en régie représentent 50% des exploitations des remontées mécaniques et cette caractéristique justifie donc qu'une recherche aux fins de thèse soit entreprise en la matière.

Cette apparente réussite dans le secteur des remontées mécaniques doit être nuancée, et surtout ne doit pas conduire à conclure hâtivement que ce mode de gestion concourt pour moitié à la production du chiffre d'affaires de ce secteur économique qui s'est élevé en France à 812 millions d'Euros TTC pour la saison d'hiver 2001/2002 ¹⁶.

Pour calculer ce résultat, sur les 357 sites de ski alpin officiellement répertoriés en France, le Ministère du Tourisme prend en considération uniquement 250 sites qui fournissent la quasi totalité du chiffre d'affaires de ce secteur.

Sur un classement des cent premiers exploitants, les modes de gestion en régie ne représentent que 33 exploitations et cette proportion diminue considérablement sur un classement des trente meilleurs exploitants pour ne comprendre plus que deux régies ¹⁷.

Au vu de ces derniers éléments, le doute s'instaure sur la pertinence du recours aux

¹¹ Statistiques STRMTG Novembre 2002. site internet SNTF

¹² « Bilan des investissements dans les domaines skiables français en 2002 » sources site SEATM p25 et s.

¹³ Etude précitée SEATM p 7 et s

¹⁴ Ouvrage précité « La Montagne, une loi, une politique », p.9.

¹⁵ Compte rendu de la table ronde organisée par l'AMFSHE le 3 décembre 2002 sur le thème : « délégation de service publics : quelle gouvernance pour les stations ? ». Archives AMFSHE.

¹⁶ « Bilan de la saison 2001/2002 des sports d'hiver ». Dossier édité par le SEATM.

modes de gestion en régie comme solution d'avenir pour l'exploitation des remontées mécaniques, dans un secteur très concurrentiel qui connaît un phénomène de forte concentration des sites les plus performants entre quelques entreprises « majors ».

La question est donc de savoir si la faiblesse économique des régies dans le secteur des remontées mécaniques en France est imputable à ce mode de gestion publique, ou à d'autres facteurs.

Une étude comparative de la situation des domaines skiables des principaux pays de l'arc alpin (Suisse, Autriche et Italie) dont la gestion ignore le mode d'exploitation publique en régie mais qui connaissent également des difficultés structurelles, tend à mettre en évidence que le mode de gestion (qu'il soit public, mixte ou privé) n'est pas en soit un facteur déterminant pour la réussite économique mais plutôt la taille de l'entité économique.

L'Europe représente 56.3% du parc mondial des remontées mécaniques. Ce chiffre se répartit entre les états européens de la façon suivante : 14,7 % en France , 11.5% en Autriche , 10.8 % en Italie , 7.9 % en Suisse , 4.5 % en Allemagne, 3.6 % en Slovaquie et 3.3 % en Suède ¹⁸ .

Malgré ce succès à l'échelle mondiale des remontées mécaniques européennes, celles-ci sont confrontées à des difficultés économiques .

Ainsi dans une réponse à un parlementaire ¹⁹ en Novembre 2000, le Conseil Fédéral Suisse reconnaissait que le secteur des remontées mécaniques dans ce pays, connaît un certain nombre de problèmes structurels importants. La situation économique est la suivante ²⁰ :

- 26 % des exploitations sont compétitives sur le plan international ;
- 42 % des exploitations sont sur-endettées, mais vraisemblablement capables de survivre ;
- 23 % des exploitations sont gravement menacées en raison d'un endettement élevé et d'une rentabilité insuffisante ;
- 9 % des exploitations sont peu rentables mais peu endettées.

Les données sont semblables en Autriche puisque : « seul le tiers de ces entreprises sont fortes économiquement ; le deuxième tiers atteint des résultats équilibrés alors que le dernier tiers a des problèmes financiers » ²¹ .

¹⁷ « Remontées mécaniques : 100 exploitants passés au crible », in Revue Aménagement et Montagne , Mai-juin 2002.p30.

¹⁸ Statistique sur le site Web de G. Blanchi consacré aux remontées mécaniques (sources initiales revue Aménagement et Montagne Septembre-Octobre 1999).

¹⁹ site Internet Simonepinay.ch.

²⁰ Dossier : « Un hiver suisse à deux vitesses ? Managers et administrateurs au défi », Aménagement et Montagne Mai 2003 p.28

²¹ Aménagement et Montagne précité Mai 2003 p 29

Pour remédier à la crise dans ce secteur , le gouvernement italien a constitué, à partir de 2001, un fonds de subventions publiques de près de 142 millions d'euros à répartir sur 20 années, représentant un taux de subvention de 39% de l'investissement brut dans le secteur des transports par câbles²² . Sur les 82 entreprises bénéficiaires de cette aide étatique, 23 relèvent du transport au sens strict et 59 des installations sportives destinées à la pratiques des sports d'hiver (soit 72%) .

Dans les trois pays leaders du marché des remontées mécaniques en Europe en dehors de la France, tous situés de long de l'arc alpin (soit l' Autriche , l'Italie et la Suisse), l'organisation générale et la gestion des domaines skiables relèvent « *fondamentalement de la compétence du secteur privé* » pour reprendre l'expression même du Conseil Fédéral Suisse en la matière²³ ; même si les autorités locales sont amenées à délivrer des autorisations techniques d'exploitation.

Le mode d'exploitation des remontées mécaniques en régie constitue une exception française en Europe. Cette situation trouve son fondement dans la loi du 9 janvier 1985 dite « Loi Montagne » qui considère le ski comme une activité de service public.

Ainsi, il n'est pas possible d'imputer à un mode particulier de gestion, en l'occurrence celui de l'entreprise publique sous sa forme d'exploitation en Régie qui n'existe pas dans ces pays, la responsabilité des problèmes structurels affectant le secteur marchand des remontées mécaniques en Europe.

Dans un rapport en date du 23 Avril 2003 intitulé « *les remontées mécaniques en Suisse, quel avenir ?* »²⁴ , l'association professionnelle des remontées mécaniques suisses établit un diagnostic de la situation dans son domaine d'activité . Très probablement, il s'agit de l'étude la plus complète sur le secteur des remontées mécaniques et ses éléments méritent d'être cités car caractéristiques de la situation européenne .

Au titre de l'état des lieux, ce rapport constate que la crise affecte principalement les petites et moyennes entreprises²⁵ . L'émiettement du nombre des entreprises est préjudiciable à la rentabilité des exploitations. Celles-ci sont en effet en Suisse au nombre de 586²⁶ .

Il existe ainsi d'abord un problème majeur de taille critique des entreprises dans ce secteur d'activité pour leur survie économique. Les besoins financiers sont importants en

²² Communication de la Commission 2002/C172/02, point N°9 (JOCE 18/07/2002)

²³ réponse parlementaire précitée .

²⁴ sources site Internet Seilbahnen schweiz.org

²⁵ rapport intitulé « les remontées mécaniques en Suisse, quel avenir ? » en date du 23 Avril 2003 p.4 :« *Mais ce sont surtout les petites et moyennes entreprises pour lesquelles il existe un véritable besoin d'agir, celles qui sont obligées de satisfaire des exigences professionnelles tout en ne disposant que de ressources limitées* » .

²⁶ Aménagement et Montagne , rapport op. cité. R.M.S p. 28

raison d'investissements nécessaires pour développer les domaines skiables ou renouveler le parc des équipements existants dont la durée de vie est raisonnablement de 20 ans, même si techniquement leur pérennité peut se prolonger jusqu'à 30 à 40 ans. Or, la faible solvabilité des entreprises remet en question des investissements nécessaires. Il n'y a donc pas que les autorités organisatrices des remontées mécaniques en France qui ont des difficultés à financer leurs investissements .

L'audit relève également que le management des petites et moyennes entreprises se caractérise par une carence de la gestion professionnelle laquelle exige des compétences multiples (techniques, comptables, commerciales, gestion des ressources humaines), faisant défaut en raison de la taille de la structure ²⁷ .

Face à cette situation de crise, les pouvoirs publics helvétiques ont réagi.

D'une part, la Loi Fédérale du 21 Mars 1997 sur l'aide aux investissements dans les régions de montagne (L I M) a permis l'attribution de subventions pour le secteur des remontées mécaniques à hauteur de 12 Millions de Francs Suisse ²⁸ .

D'autre part, les collectivités locales se sont impliquées dans la gestion des remontées mécaniques en devenant actionnaires des sociétés d'exploitation, et de ce fait : « *les intérêts des communes et du service public revêtent une grande importance* » ²⁹ . L'interventionnisme public n'est donc pas absent de la gestion du secteur des remontées mécaniques suisses eu égard aux effets macro-économiques positifs au niveau de l'économie régionale, soit sous forme de souscription au capital des entreprises ³⁰ , soit sous forme d'octroi de subventions ³¹ .

En général en Suisse, ce sont les personnes originaires des stations ³² qui détiennent la majorité du capital des sociétés des remontées mécaniques et sont propriétaires de la sphère commerciale périphérique telle que restaurants d'altitude, hôtels ou magasins de sports ³³ . C'est pourquoi, ils participent au comblement des déficits éventuels des

²⁷ rapport op. cité. R.M.S. p 4 : « *En matière de préparation des pistes, d'entretien technique, de marketing et de gestion, les entreprises doivent être de plus en plus professionnelles et performantes, et bon nombre de petites et moyennes entreprises ne sont plus à la hauteur* ».

²⁸ réponse parlementaire précitée

²⁹ Rapport précité R.M.S. p.27

³⁰ Rapport précité R.M.S. p.27 : « *De nombreuses communes ont une participation financière plus ou moins importantes dans les entreprises de remontées mécaniques sur leur territoire. Par conséquent, elles influent sur la politique de gestion par le biais de leurs représentants au sein des conseils d'administration...* ».

³¹ Rapport précité R.M.S. p.4 : « *Bon nombre d'entreprises sont tributaires des participations des pouvoirs publics pour renouveler leurs installations de transport ou pour agrandir les dispositifs d'enneigement artificiel* » .

³² communément appelés « *la bourgeoisie* » selon l'expression suisse in Aménagement et Montagne Mai 2003 op. cité p. 36.

³³ Aménagement et Montagne Mai 2003 op. cité p. 28.

sociétés d'exploitation des remontées mécaniques eu égard aux retombées économiques sur le plan régional.³⁴

Au titre des solutions, l'association professionnelle des remontées mécaniques Suisses recommande bien sûr un regroupement des entreprises pour une compétitivité optimale sachant déjà qu'actuellement 7% des stations suisses font 60 % du chiffre d'affaires national dans leur secteur d'activité³⁵ ; alors qu' à l'opposé 42 % des entreprises réalisent seulement 2 % du chiffre d'affaires de toute la branche³⁶.

Pour améliorer la performance des petites et moyennes entreprises dans leur gestion professionnelle, certains spécialistes du management préconisent également la création de cellules d'appui à ces stations regroupant des personnes compétentes³⁷.

Si l'on compare cette analyse avec la situation françaises, il ressort que les petites et moyennes entreprises dans le secteur de la gestion des remontées mécaniques sont essentiellement des régies. Aussi, dans l'analyse critique de la gestion de ce mode d'exploitation, il y a bien souvent une confusion et une imputation, à tort, entre les problèmes de gestion inhérents à la taille de l'entité économique qui se retrouvent dans le secteur privé des remontées mécaniques en Europe, avec les caractéristiques d'organisation propres à ce type d'entreprise sous statut public.

L'intérêt de l'étude :

L'intérêt de la présente recherche réside avant tout dans sa contribution pour remédier à une relative carence des études sur le mode de gestion des services publics locaux à caractère industriel et commercial, comme le constate Jean-Claude Douence en ces termes : « *La théorie des modes de gestion est restée floue faute de systématisation* »³⁸.

Le sujet est toutefois devenu d'actualité comme l'illustrent les travaux de l'Institut de la Gestion Déléguée qui vient d'organiser dernièrement une consultation sur les modes de gestion des services locaux³⁹.

Ce regain d'intérêt pour la gestion locale s'explique pour partie par les conséquences attendues des travaux de la Commission Européenne sur les services d'intérêt général, et la présente étude tend en conséquence à répondre aux interrogations sur l'avenir des

³⁴ Rapport précité R.M.S. p.7.

³⁵ statistiques citées dans la revue Aménagement et Montagne Mai 2003, op. cité, p. 36

³⁶ Rapport précité R.M.S. p.4

³⁷ Revue Aménagement et Montagne Mai 2003 op. cité p.32.

³⁸ « Services publics industriels et locaux : questions d'actualité », LGDJ 2003, p. 141.

³⁹ Rapport disponible sur www.fondation-igd.org, in AJDA 21 juin 2004 p.1218.

régies des remontées mécaniques dans le cadre de l'évolution de la réglementation sectorielle sur les transports par câbles et les zones de montagne. De surcroît, l'exploitation en régie est intimement liée au principe de réversibilité du mode de gestion des services publics locaux et son choix s'insère en conséquence dans la problématique plus générale de la place de « *l'auto-production* » au sein de la réflexion en cours sur les services d'intérêt économique général au sens du droit communautaire.

La présente étude répond également à la problématique du régime juridique applicable en droit interne aux régies des remontées mécaniques suite à la parution du décret N° 2001-184 du 23 février 2001⁴⁰ relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public.

Néanmoins, la recherche sur « *la régie comme mode d'exploitation des remontées mécaniques* », s'agissant d'une activité à caractère industriel et commercial, ne saurait se limiter aux seules questions juridiques mais intègre aussi les problématiques de gestion.

Or, le décret précité du 23 février 2001 a procédé à une refonte globale du dispositif applicable aux régies en vue de contribuer à une revalorisation de ce mode de gestion publique pour gérer les services publics locaux⁴¹ ; répondant ainsi au souhait d'une réforme équilibrée en la matière formulée par Jacques Viguier⁴².

C'est pourquoi, l'étude actualise l'analyse sur le fonctionnement des régies suite aux profondes modifications résultant des dispositions du décret du 23 février 2001.

Enfin, l'examen ne se limite pas aux seules qualités du mode d'exploitation en régie, mais procède à des comparaisons avec la gestion déléguée.

C'est ainsi que des conséquences inattendues de la privatisation de l'exploitation des remontées mécaniques telle que la possibilité de changements substantiels du capital social au sein des entreprises délégataires aboutissant à des substitutions d'opérateurs, ayant parfois des intérêts économiques divergents de la collectivité délégante, peuvent être une opportunité de renouveau pour le mode d'exploitation en régie qui assure en toutes circonstances une pleine et entière maîtrise publique de ce service.

En effet, malgré l'attrait actuel à l'initiative des pouvoirs publics pour le développement du partenariat entre le secteur public et les entreprises privées, les modes de gestion en régie présentent l'avantage pour l'autorité organisatrice de conserver la direction totale sur le service public ainsi exploité.

Le principe de libre administration des collectivités locales en droit interne retrouve ainsi toute sa signification d'un point de vue gestionnaire et juridique; et plaide évidemment en faveur de la gestion en régie dans la mesure où ce mode d'exploitation assure à la collectivité l'autonomie de gestion de son service ce qui préserve pleinement l'intérêt général et manifeste l'exercice de sa « *souveraineté* » locale pour reprendre l'expression de Pierre Esplugas⁴³.

⁴⁰ publié au J.O du 27/02/2001.

⁴¹ J.C. Douence – commentaires sur le décret N° 2001-184 du 23/02/2001, in AJDA 2001, P 376.

⁴² « Les régies des collectivités locales », Economica 1992, p251.

Méthodologie

La démarche sera pragmatique c'est à dire déductive à partir du droit positif.

L'analyse des textes, de la jurisprudence et de la doctrine ne saurait toutefois appréhender totalement un sujet de thèse portant sur un thème sectoriel. C'est pourquoi, une vision technicienne a été introduite par l'étude des informations professionnelles à destination des décideurs locaux en vue de les conseiller dans l'organisation et la gestion des services publics (ouvrages, revues et brochures) , ainsi que par l'expérimentation de la gestion et de l'application du droit dans l'exploitation des remontées mécaniques.

L'argumentation se fonde sur différentes disciplines ⁴⁴ , s'appuyant évidemment sur le droit administratif fondant le statut des régies mais intégrant également d'autres éléments relevant du droit public économique , des sciences de gestion ou du management ... En effet, les prises de décisions locales sont le plus souvent multicritères.

De surcroît, la pensée se veut critique de sorte de ne pas être prisonnière des idéologies dominantes et passagères , afin de pouvoir dégager l'intérêt général justifiant « *in fine* » le choix final dans la résolution de la problématique.

Annnonce du Plan

Sur le plan des principes juridiques en droit interne, rien ne s'oppose à ce qu'une collectivité territoriale cumule les fonctions d'autorité organisatrice de services publics locaux et d'exploitant desdits services ⁴⁵ . C'est d'ailleurs la possibilité offerte aux collectivités locales en matière d'exploitation des remontées mécaniques par l'article 47 de la loi « Montagne » du 9 janvier 1985.

⁴³ In « Le service public », Dalloz, 2^{ème} édition, p. 5 : « *Dans ces conditions, les services publics, notamment industriels et commerciaux, en bénéficiant d'une masse économique et financière, peuvent servir de contrepoids aux puissances privées. Les services publics régaliens ne sont donc pas, comme on le croit parfois, les seuls vecteurs de la souveraineté. C'est pourquoi le repli des collectivités publiques sur ces seules activités, comme cela est la tendance, n'est pas sans risques* ».

⁴⁴ en ce sens Jacques Chevalier, « Science administrative », THEMIS PUF, 3^{ème} édition 2002, p.494 et suivantes concernant les critères de choix de l'action administrative.

⁴⁵ Extrait d'un avis du Conseil de la Concurrence du 9 juin 1999 cité par A.S Mescheriakoff, in ouvrage « Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles », LGDJ 2003 , p.38 : « *Le législateur qui a voulu confier aux collectivités territoriales ...l'organisation des services de transports routiers non urbains de personnes, réguliers ou à la demande, a lui-même organisé l'exercice de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées ... Il résulte de la loi elle-même que le département peut cumuler les fonctions d'autorité organisatrice du transport et, s'il le souhaite, d'exploitant des services de transport...* ».

Dans la mesure où la tradition juridique française confère aux collectivités locales la qualité d'autorité organisatrice en matière de remontées mécaniques, il apparaît de bonne gouvernance que celles-ci s'interrogent réellement sur les avantages à long terme pour celles-ci d'en conserver la maîtrise en recourant à la Régie comme mode d'exploitation, plutôt que d'en déléguer la gestion à une SEM locale ou à un délégataire privé.

C'est pourquoi, la première partie traite du choix de la régie pour l'exploitation des domaines skiables, et la seconde partie la réalisation du choix (soit le fonctionnement des régies de remontées mécaniques) :

- **Première Partie** : Le Choix de la régie pour la gestion des domaines skiables ;
- **Seconde Partie** : La réalisation du choix (le Fonctionnement des régies de remontées mécaniques).

PREMIERE PARTIE : LES FACTEURS DU CHOIX DE LA REGIE POUR LA GESTION DES DOMAINES SKIABLES

Les facteurs du choix de la régie comme mode d'exploitation des stations françaises de ski, reposent avant sur les dispositions juridiques autorisant ce mode d'exploitation mais aussi pour des raisons découlant d'une comparaison avec le mode de gestion déléguée.

Pour rendre compte de ce choix, il sera procédé à un exposé du droit applicable aux régies exploitant les remontées mécaniques (Titre I) , puis à une étude comparative de la régie face aux autres modes d'exploitation (Titre II).

TITRE I – EXPOSE DU DROIT APPLICABLE AUX REGIES EXPLOITANT LES REMONTEES MECANIQUES

Le statut juridique des régies fonde les collectivités locales françaises, supports de stations de ski, à recourir à ce mode d'exploitation pour gérer leurs domaines skiables.

Aussi, l'étude du droit applicable aux régies exploitant des remontées mécaniques conduit successivement à analyser les règles en droit interne (Chapitre 1) , puis la problématique de ce mode de gestion au regard du droit communautaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LES SOURCES NATIONALES

Après la levée sur l'incertitude du régime juridique applicable aux régies d'exploitation des remontées mécaniques (section I) , il sera exposé les dispositions du décret du 28 février 2001 régissant le statut des régies (section II).

La reconnaissance d'un cadre juridique applicable aux régies de gestion des remontées mécaniques, laisse subsister cependant des ambiguïtés sur la nature juridique du service public de certaines catégories de régies (section III).

SECTION I – UNE INCERTITUDE SUR LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX REGIES DES REMONTEES MECANIQUES

Dans le cadre de son rapport public 2001, la Cour des Comptes a consacré un chapitre à l'examen de la situation des stations des sports d'hiver en Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Le Ministère de l'Equipement, des Transports et du logement ainsi que le Secrétariat d'Etat au Tourisme ont répondu conjointement aux observations formulées par la Cour des Comptes. A cette occasion, l'Administration centrale reconnaît qu'une « *incertitude existe dans la détermination , en amont, du régime juridique applicable aux régies exploitant des remontées mécaniques* »⁴⁶ .

De son point de vue, celles-ci ne relèvent ni de la loi N° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs dite « L.O.T.I. » du 30 décembre 1982 , ni des dispositions du Code Général des Collectivités Territoriales. L'Administration centrale invoque les dispositions de l'article 4 de la loi N° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local dite « T.P.I.L » comme constituant le régime juridique applicable⁴⁷ .

Historiquement, il y a lieu de rappeler que la loi d'orientation des transports intérieurs dite « L.O.T.I. » du 30 décembre 1982, prévoit en son article 47 que « *l'adaptation des dispositions de la présente loi au cas des remontées mécaniques fera l'objet de dispositions législatives spéciales dans le cadre de la loi d'orientation de la politique de la Montagne* ».

C'est en vertu de ce texte législatif que le chapitre II de la loi N°85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la Montagne, instaure dans sa section II des dispositions spécifiques relatives à « *l'organisation des services de remontées mécaniques et des pistes* ».

⁴⁶ Rapport public de la Cour des Comptes 2001 , p. 830

⁴⁷ Rapport précité p 830 : « *Les régies exploitant des services de remontées mécaniques de l'article 44 sont en principe soumises au régime antérieur applicable aux transports publics d'intérêt local prévu par l'article 4 de la loi N°79-475 du 19 juin 1979 maintenu expressément en vigueur par l'article 51 de la loi du 9 janvier 1985 qui renvoie à un régime spécifique* ».

Notamment en application de son article 46⁴⁸, l'organisation des remontées mécaniques et des pistes est considérée comme une activité de service public dont l'autorité organisatrice de droit commun est la commune. C'est ainsi que « *ce SPIC, dont l'autorité de tutelle est la commune, intervient dans le champ de la concurrence, mais il est assujéti aux règles du droit public. Il peut être géré directement ou par un tiers, ce tiers pouvant être une personne de droit public ou une personne privée* »⁴⁹.

Pour ce qui concerne plus particulièrement les régies, l'article 51 de la loi «Montagne»⁵⁰ fait référence à l'article 4 de la loi N°79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local dite « T.P.I.L » ; laquelle est à ce jour abrogée dans toutes ses dispositions à l'exception de ses articles 4 et 9.

L'article 4 de ladite loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat, pour l'édiction des mesures réglementaires spécifiques aux régies gérant des transports publics d'intérêt général⁵¹.

Au vue de ces éléments, l'analyse du Ministère de l'Equipement et du Secrétariat au Tourisme en ce qui concerne la définition du **cadre législatif de référence** est fondée puisque l'article 51 de la loi «Montagne» du 9 janvier 1985 mentionne précisément l'article 4 du 19 juin 1979 dite « T.P.I.L ».

Comme **cadre réglementaire** d'application de la loi précitée du 19 juin 1979, l'Administration centrale invoque le décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transport public d'intérêt local.

Dans son application, cette analyse est confirmée par une jurisprudence du Conseil d'Etat⁵². La Haute Assemblée reconnaît que l'Etablissement Touristique et Sportif d'Orcières-Merlette (ETSOM), établissement public industriel et commercial, chargé notamment d'assurer la gestion des remontées mécaniques de cette station de sports d'hiver, entre de ce fait dans le champ d'application de la loi précitée du 19 juin 1979 et de son décret d'application du 29 Octobre 1980.

⁴⁸ 1^{er} paragraphe de l'Art 46 (modifié L.N°95-101, 2 Février 1995) : « *Le service des remontées mécaniques est organisée par les communes sur le territoire desquelles elles sont situées ou par leurs groupements ou par le département auquel elles peuvent conventionnellement confier, dans les limites d'un périmètre géographiquement défini, l'organisation et la mise en oeuvre du service...* » in JNC Construction Urbanisme, Fasc N°11-80 :« Remontées mécaniques –Aménagement du domaine skiable », Rub N°600.

⁴⁹ A. Colson ASADAC in compte rendu « délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » journée du 3/12/2002 organisée par l'AMSFSHE p 5.

⁵⁰ « *La loi N° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local est abrogée à l'exception de son article 4, premier et deuxième alinéas, et de son article 9, deuxième alinéa* ».

⁵¹ « *Les services de transports publics d'intérêt local ne peuvent être exploitées que dans les conditions suivantes : - par une régie instituée par l'autorité organisatrice, selon des modalités juridiques, administratives et financières définies par décret en Conseil d'Etat* ».

⁵² CE 30/09/1988, Commune d'Orcières Merlettes, Req.N°71577.

Toutefois à la date de la réponse du Ministère de l'Équipement et du Secrétariat d'État au Tourisme, soit courant année 2001, le décret cité N° 80-851 du 29 Octobre 1980 était abrogé depuis plus de 15 années et remplacé par le décret N° 85-891 du 16 Août 1985, relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes

En effet, l'article 48 du décret du 16 Août 1985 abroge totalement le décret du 29 Octobre 1980 sans aucune restriction selon la rédaction suivante :

« Toutes dispositions contraires au présent décret sont abrogées, notamment - le titre Ier à l'exception de l'article 20, les articles 50 et 52 du décret N° 49-1473 du 14 novembre 1949 modifié, - le décret N° 62-1046 du 1^{er} septembre 1962 relatif à l'organisation des services de transports de passagers des compagnies aériennes entre les aéroports et les points qu'ils desservent, - et le décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980. Sont également abrogées les dispositions des articles 46 et 48 du décret du 14 novembre 1949 susmentionnés en tant qu'elles concernent le transport intérieur de voyageurs. »

A la lecture de ce texte, il n'apparaît pas possible de partager l'affirmation de l'Administration centrale selon laquelle le décret du 29 Octobre 1980 continue à s'appliquer aux remontées mécaniques⁵³ ; n'étant abrogé qu'en ce qui concerne ses dispositions concernant le transport intérieur de voyageurs. Il est abrogé sans aucune restriction de rédaction⁵⁴ à la différence d'ailleurs avec le sort réservé au décret N° 49-1473 du 14 novembre 1949 .

Par contre se pose la question de l'applicabilité ou non du décret du 16 Août 1985 aux remontées mécaniques. Si les dispositions de son article 12 relatives aux « **Régies des transports** » ont de part leur rédaction⁵⁵, un champ de compétence large susceptible d'englober les régies des remontées mécaniques, par contre son article 1^{er} définissant son champ d'intervention est très limitatif car se référant uniquement : « *aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes* ».

Dans ces conditions, le décret du 16 Août 1985 n'a pas vocation à s'appliquer aux remontées mécaniques. Avec l'abrogation du décret du 29 Octobre 1980, il n'existe plus à ce jour de dispositions réglementaires spécifiques aux régies des remontées mécaniques.

Dans son argumentation pour écarter l'application des dispositions du Code Général des Collectivités Territoriales aux régies des remontées mécaniques, l'Administration centrale fait référence à un avis N°10/89 du 16/10/1989 du Tribunal Administratif de

⁵³ in Rapport précité Cour des Comptes 2001. p.831 : « Il résulte que les dispositions du décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transport public d'intérêt local pris pour l'application de l'article 4 de la loi du 4 juin 1979 et la circulaire du 8 mai 1981- abrogées seulement en tant que contraires au nouveau régime des régies de transport public routier de personnes mis en place par le décret du 16 août 1985 – continuent à s'appliquer aux régies de remontées mécaniques » .

⁵⁴ En plus, ce texte n'est plus disponible sur le site Legifrance (J.O.R.F) ; ce qui signifie qu'il n'est plus en vigueur.

⁵⁵ « Une régie de transport a pour objet d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice... »

Marseille au Préfet des Hautes-Alpes qui écarte les dispositions du Code des Communes⁵⁶. Celui-ci indique « *dès lors qu'aucun texte n'est intervenu pour définir les modalités de constitution et de fonctionnement des régies de remontées mécaniques prévues par la loi du 9 janvier 1985 et notamment son article 47, il n'apparaît pas possible de soumettre les régies exerçant une activité d'exploitation de remontées mécaniques au droit commun...* ».

Cet avis est discutable dans la mesure où premièrement l'article 47 de la loi Montagne du 9 janvier 1985 ne prévoit pas de texte d'application. Secondement, il omet de prendre en compte l'existence de l'article 51 de la même loi qui renvoie à l'article 4 de la loi du 19 juin 1979 comme évoqué précédemment.

En vertu de ce dernier texte, à la date de publication de la loi «Montagne», le décret susmentionné N° 80-851 du 29 Octobre 1980 était en vigueur et contenait des dispositions spécifiques relatives aux régies. Ainsi, en l'espèce, ce n'est pas l'absence d'un texte spécifique qui écartait l'application du droit commun soit en l'occurrence le code des communes à l'époque des faits, mais bien son existence.

Cependant l'extrapolation par l'Administration centrale de cet avis du Tribunal de Marseille à la situation du Code Général des Collectivités Territoriales pour l'écarter, apparaît bien évidemment non justifiée actuellement du fait de l'abrogation intervenue du décret du 29 Octobre 1980.

Le droit commun des dispositions réglementaires du code des collectivités locales devient en conséquence le régime applicable aux régies des remontées mécaniques, à l'exception toutefois de la régie directe mentionnée à l'article 47 de la loi «Montagne» dont l'étude sera examinée en particulier.

Le décret N° 2001-184 du 23 février 2001, relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales, constitue ainsi le texte de référence des régies d'une manière générale et en particulier pour l'exploitation des remontées mécaniques.

Cette incertitude juridique se traduit dans la pratique par une grande confusion administrative dans la rédaction des statuts des régies. C'est ainsi que certains statuts se réfèrent au décret abrogé de 1980 ou au code des Communes faute d'avoir procédé à une réactualisation. D'autres encore ont cru résoudre le problème du régime juridique applicable, en ne mentionnant pas de texte de référence dans la partie préliminaire de leurs statuts. Toutefois, c'est dans le corps du règlement qu'apparaissent des renvois le plus souvent au code général des collectivités territoriales.

SECTION II – APPLICATION DU DECRET N° 2001-184 DU 28 FEVRIER 2001 AUX REGIES DES REMONTEES MECANIQUES.

Le décret N° 2001-184 du 23 février 2001, relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales, a procédé à une refonte globale du dispositif applicable aux régies. Ce texte

⁵⁶ Rapport public de la Cour des Comptes, Année 2001, p.831.

procède d'une volonté de rationalisation du fonctionnement des régies en apportant « *des changements appréciables aux règles d'organisations des régies* »⁵⁷ ; rendant ainsi pour partie caduques les analyses faites antérieurement en la matière.

Les règles d'organisation administrative des régies déterminées pour les régies municipales sont étendues par l'article R. 1412-3 du CGCT , à l'ensemble des régies dépendant des établissements de coopération intercommunale, des départements, des régions et des établissements publics relevant de ces collectivités.

Le décret reprend à son compte la distinction entre régie « autonome » (dotée de simple autonomie financière) et « personnalisée » (avec personnalité juridique et autonomie financière) ; et étend la faculté de recourir au mode d'exploitation en régie tant pour un service public administratif (**SPA**) que pour un service industriel et commercial (**SPIC**).

En conséquence, l'architecture générale du cadre réglementaire⁵⁸ contient :

- des **dispositions générales** soit les articles R 222-1 à R 2221-17⁵⁹ ;
- des **dispositions communes aux régies personnalisées** soit les articles R 2221-18 à R 2221-26, avec des dispositions particulières pour les SPIC (R 2221-27 à R 2221-52) et pour les SPA (R 2221-53 à R 2221-62) ;
- des **dispositions communes aux régies autonomes** soit les articles (R 2221-63 à R 2221-71) , avec des dispositions particulières pour les SPIC (R 2221-72 à R 2221-94) et pour les SPA (R 2221-95 à R 2221-98).

Ce décret s'incorpore à l'architecture générale du cadre législatif relatif aux régies , à savoir :

- des **dispositions générales** soit les articles (L 1421-1 à L 1412-3 et L 2221-1 à L 2221-9),
- des **dispositions propres** pour les SPIC (L 2221-10)et pour les SPA (L 2221-11 à L 2221-14).

Les dispositions réglementaires ne rigidifient pas la gestion des régies puisque le décret prévoit une faculté d' adaptation aux conditions locales, par des dispositions relevant des statuts propres à chaque régie locale et de nature à faciliter le pouvoir d'organisation par l'autorité organisatrice .

Par ailleurs, le décret généralise la possibilité de recourir au mode en régie pour tous les domaines d' activités des collectivités à l'exception bien sûr des services qui, par leur nature ou de par la loi , ne peuvent être assurés que par la collectivité locale elle-même comme l'indique l'article R 1412-2 du CGCT⁶⁰ ; ce qui exclut notamment les services

⁵⁷ J.C Doudence « Commentaire du décret du 23/02/2001 », AJDA 2001.P376

⁵⁸ Circulaire d'application N°NOR INTBO100084C du 5/03/2001

⁵⁹ Il convient d'ajouter les références des articles R 1412-1 à R 1412-4

⁶⁰ CGCT(Code Général des Collectivités Territoriales)

régaliens (sécurité et pouvoir de police, élections, état-civil, etc..) ainsi que la gestion du domaine privé selon la jurisprudence ⁶¹ .

Enfin, le mode de gestion en régie peut être mis en œuvre par l'ensemble des collectivités publiques locales.

Le nouveau statut issu du décret du 23 février 2001 a donc vocation à s'adapter à tous secteurs d'activité et revêt de ce fait un caractère universel adapté pour le secteur des remontées mécaniques.

Selon J.C. Douence ⁶² , la refonte statutaire du régime juridique des régies issue du décret N° 2001-184 du 23 février 2001 est certainement de nature à favoriser l'essor de ce mode d'exploitation mais dans une proportion limitée. D'après ce dernier, le régime hybride de droit public et de droit privée de la régie ne saurait l'assimiler pleinement à une entreprise privée et freinerait son essor en cantonnant son développement à des secteurs moins enclin à la concurrence et à ce titre, il cite : l'eau, l'assainissement et les déchets.

Toutefois, rien ne permet d'affirmer objectivement que ces trois secteurs seraient actuellement moins exposés à la concurrence que par le passé ⁶³ ; et que cette situation favoriserait en outre le développement du mode de gestion en régie.

Le regain d'intérêt pour l'exploitation en régie dans ces trois secteurs trouve en réalité son explication ailleurs .

L'opportunité de recourir à ce mode de gestion résulte pour partie des modifications de structures intervenues dans le paysage administratif et organisationnel des collectivités locales françaises par le développement de l'intercommunalité consécutive à la loi dite « Chevènement » du 12 juillet 1999. En effet, l'organisation des services publics locaux en France a été profondément modifiée de sorte que ceux-ci sont désormais gérés majoritairement par des structures intercommunales comme l'a mis en évidence une étude récente réalisée par l'association des maires des grandes villes de France ⁶⁴ .

Même si actuellement , les services publics intercommunaux continuent d'être dominés par la gestion déléguée du fait du transfert des conventions passées initialement par les communes, il n'en demeure pas moins que ces nouvelles entités acquièrent enfin une taille critique leur permettant désormais d'assurer éventuellement une gestion en régie en ayant l'assise financière suffisante pour procéder aux investissements nécessaires ainsi que les effectifs satisfaisants pour exploiter dans des conditions techniques comparable au service délégué; ce qui explique le retour partiellement constaté à ce mode de gestion en particulier dans les 3 secteurs précités.

Dans ces conditions, le choix de gestion pour les groupements intercommunaux se

⁶¹ T.C 28/11/1975 , ONF c/Abamotte , confère CRC Rhône Alpes 10/07/2000 St Bon Courchevel

⁶² article précité. AJDA 2001. p 376.

⁶³ L'enquête précitée sur l'évolution des prix de l'eau 1995/2000, publiée par la DGCCRF le 27/11/2001, tendrait à prouver le contraire

⁶⁴ in AJDA 12 avril 2004 , p745

résume entre exploitation par une entreprise privée (le plus souvent selon le mode de l'affermage soumis à la loi « Sapin » ou du marché public de prestations de service) ou la régie.

Dans cette nouvelle donne économique, la régie retrouve son caractère compétitif comme l'a mis en avant une étude de la DGCCRF du 27/11/2001 relative au coût de l'eau pour l'usager, où la facturation moyenne au plan national selon le mode de gestion en régie est plus compétitive que celle résultant des services délégués⁶⁵.

Le concept d'exploitation en régies n'est pas antinomique avec la notion de performance économique.

L'essor de l'intercommunalité affecte également le domaine du tourisme⁶⁶; et ne coïncide d'ailleurs pas forcément avec le territoire communautaire au sens strict pour tendre parfois vers la notion de « Pays » selon les résultats d'une enquête récente⁶⁷.

Ainsi, en 2003, plus de 60% des établissements publics de coopération intercommunale (EPIC) ont pris la compétence facultative du tourisme. Cette compétence n'englobe pas nécessairement la gestion du domaine skiable pour les stations de ski concernées, mais revêt le plus souvent la forme d'un office de tourisme communautaire permettant une promotion plus efficace sur un territoire élargi et une politique globale d'aménagement s'insérant dans une logique de marché et de produits prélude à une coopération pouvant être ultérieurement renforcée en matière d'exploitation des remontées mécaniques.

C'est ainsi, par exemple, que 10 communes du Puy-de-Dôme ont pris en compte la notion de « Massif ». Elles ont décidé de fusionner 3 organismes de coopération intercommunale au 1^{er} janvier 2000 par la création d'une seule communauté de communes du Sancy⁶⁸ avec la création d'un office de tourisme communautaire remplaçant 3 offices municipaux de tourisme et 5 syndicats d'initiative.

De même, le Conseil Général du Haut Rhin s'est fortement impliqué au cours de l'année 2003 dans la restructuration des stations de ski de son département en participant à la création de 4 syndicats mixtes, correspondant à 4 sites classés d'intérêt départemental avec les communautés de commune concernées⁶⁹. Chaque Syndicat

⁶⁵ « Enquête sur l'évolution des prix de l'eau 1995/2000 ». Ministère de l'Economie, DGCCRF-27/11/2001.

⁶⁶ Colloque « tourisme et Territoires » organisé par le département de la Moselle à Amnéville-lès-Thermes, le 6 mai 2003 in « Bulletin des élus locaux » N° 186 –Avril 2003

⁶⁷ En ce sens, article « *le développement touristique passe-t-il par l'intercommunalité ?* », in la Gazettes des communes, des départements et des régions du 14 avril 2003.p 38 et s.

⁶⁸ article précité de la Gazettes des C-D - R du 14/04/2003 : « *La communauté de communes du Sancy créée le 1^{er} janvier 2000, regroupe dix communes (8 700 habitants) dont deux stations de sports d'hiver (Super Besse, Le Mont-Dore) et deux villes thermales (La Bourboule, Le Mont-Dore) .Le territoire communautaire compte 35 000 lits touristiques (hors résidences secondaires). La communauté de communes, fondée sur l'activité touristique du territoire, a pour principal objectif de réaliser des équipements structurants que chaque commune ne pourrait pas porter individuellement. »*

Mixte détient les compétences en ski et d'aménagement sur le site, afin de gérer entièrement le projet touristique.

Si en l'espèce l'exploitation de ces sites relève de la gestion déléguée, il y a lieu de souligner que l'intervention départementale se fonde sur une philosophie d'aménagement du territoire et de loisirs en considérant que : « *Les pistes de ski sont des équipements de loisirs au même titre qu'une piscine ou des pistes cyclables* »⁷⁰.

La logique du territoire⁷¹ est au cœur des préoccupations du rapport parlementaire en date du 16 octobre 2002, sur l'avenir de la montagne élaboré sous la présidence du député J.P Amoudry et faisant le point sur la loi « Montagne » du 9 janvier 1985.

Cette nouvelle donne en matière d'aménagement du territoire, constitue, sans doute, un facteur de développement du mode de gestion en régie.

SECTION III – UNE AMBIGUÏTÉ SUR LA NATURE JURIDIQUE DU SERVICE PUBLIC DE CERTAINES CATEGORIES DE REGIES DES REMONTEES MECANQUES

§ 1.- La Régie « des Pistes »

Certaines collectivités ont différencié l'exploitation des pistes de la gestion des remontées mécaniques.

C'est ainsi qu'ayant délégué l'exploitation des remontées mécaniques, elles ont conservé la gestion des pistes sous forme soit de régie directe (cas de la commune de Val d'Isère avant le 1/01/2001), soit de régie autonome (situation actuelle de la commune de Val d'Isère) ou soit de régie personnalisée (commune de Tignes).

Le fonctionnement hivernal d'une régie des pistes comporte 2 types d'activités bien distinctes⁷² :

- *l'une de nature administrative*, relative à la gestion des secours sur pistes et au recouvrement des frais de secours ;
- *l'autre de nature industrielle et commerciale*, concernant les missions de damage, de

⁶⁹ Isabelle Frimat, « Un manteau neuf pour les communes stations du Haut Rhin », Gazette des C-D-R, 7 Avril 2003. page 27.

⁷⁰ J.M.Muller, responsable de la cellule montagne au département du Haut-Rhin in article précité de la Gazette des C-D-R du 7/04/2003.

⁷¹ M. P.Martin, Directeur du SEATM dans le journal du Sénat d'avril 2003 à propos du rapport sur l'avenir de la montagne : « *Chaque territoire doit développer une offre touristique qui soit adaptée à son savoir-faire, originale et rentable* ».

⁷² CRC Rhône Alpes Cne de Val d'Isère 11/09/2001 : « *Les secours sur pistes et l'entretien des pistes sont des activités exercées directement par la commune et isolées dans un budget annexe dénommé service des pistes et de la sécurité. Ce regroupement au sein d'un même budget annexe de deux activités, de nature administrative pour la première, puisque relevant d'une prérogative de puissance publique, et industrielle et commerciale pour la seconde, apparaît cependant contestable* ».

balisage et de sécurisation des pistes.

Le Tribunal Administratif de Grenoble, dans un avis du 22 Novembre 2002 répondant à la sollicitation de M. le Préfet de la Savoie , se prononce sur la reconnaissance du caractère industriel et commercial du service des pistes et de la sécurité de Val d'Isère.

Après avoir énoncé que l'article 47 de la loi «Montagne» a entendu qualifier de SPIC le service des remontées mécaniques , le Tribunal indique qu'il s'avère plus incertain de dire que cette qualification doit également englober le service des pistes . A l'inverse, il considère que de telles missions sont insuffisantes pour qualifier le service d'administratif ⁷³ . C'est pourquoi, il recourt à l'examen des critères jurisprudentiels dégagés pour différencier un service public administratif d'un service public industriel et commercial , avant de conclure en faveur d'un SPIC. Sa démarche est plus pragmatique que doctrinale.

La problématique juridique consistait à étudier d'abord si la régie autonome des pistes relève ou non de l'article 47 de la loi «Montagne».

Dans la mesure où la décomposition des activités des pistes de celles des remontées mécaniques correspond à une sectorisation de l'infrastructure par rapport au service de transport , comme cela s'est pratiqué avec la naissance de « Réseau Ferré de France » par rapport à la SNCF, la régie des pistes s'insère bien dans « *l'organisation des services de remontées mécaniques et des pistes* » pour reprendre le titre de la section II du chapitre II de la loi «Montagne» . De ce fait, n'étant pas géré en régie directe mais en régie autonome, la nature industrielle et commerciale du service est juridiquement établie sans qu'il soit besoin d'examiner plus amplement le fonctionnement de la régie. Dans la poursuite de ce raisonnement, le recours par la commune de Tignes à une Régie

⁷³ « *l'intitulé donné au service par la délibération qui crée la régie service des pistes et de la sécurité, ainsi que le statut applicable au personnel duquel il résulte que celui-ci comprend des pisteurs secouristes et des chauffeurs de dameuse, permettent d'affirmer que l'objet porte notamment sur l'entretien des pistes et le secours aux usagers.* Mais l'analyse du budget autonome de la régie autorise à considérer que le service englobe également les remontées mécaniques. C'est plus particulièrement le fait que la régie a parmi ses activités des interventions afférentes à la sécurité et au secours des usagers sur le domaine skiable, lesquelles évoquent le pouvoir de police du maire, c'est à dire une activité par nature administrative, qui conduit à s'interroger sachant, en tout état de cause, que le maire ne pourrait déléguer ses pouvoirs de police selon une jurisprudence constante (CE Ass. 17-06-1932 Ville de Castelnaudry N°12.045 L.p 595). *Mais, comme le relève le commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova dans les conclusions qu'il a formulées à l'occasion de l'avis rendu par la section du Conseil d'Etat SARL Hoffmiller 10-04-1992 N° 132539, il ne faut pas confondre finalité avec objet. Des sociétés privées peuvent avoir des activités de prestations de secours sans pour autant que l'on puisse estimer que des missions relevant du domaine de la police municipale leur ont été confiées au delà de la seule exploitation du service public à caractère commercial (c.Of par exemple l'affaire jugée par les 7^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies CE 20-03-1998 Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique N° 157.586).* Ainsi, par un arrêt Consorts Jauzy 07-12-1998 N° 03126 le T.C considère que la société concessionnaire du service public de transports publics d'intérêt local par remontées mécaniques de la station de ski d'Alpe d'Huez s'était vu confier l'exploitation d'un SPIC alors que ladite concession de la commune avait notamment confié à la société, l'organisation, la mise en œuvre et la maintenance des moyens humains et matériels de sécurité et de secours , avec droit de contrôle permanent du maire, lequel pouvait à tous moments prescrire ce qui lui apparaîtrait indispensable en vertu de ses pouvoirs de police. *Par conséquent, au vu des éléments produits au dossier, le seul fait que la régie accomplisse de telles missions s'avère insuffisant pour identifier un service public administratif »*

Personnalisée, soit un établissement industriel et commercial, procède de la même logique.

Sous un angle doctrinal, J.F Lachaume parle d'établissement public « à double visage » et cite pour exemple « un EPIC gérant tout à la fois un SPA et un SPIC »⁷⁴. Les ports autonomes en sont la parfaite illustration⁷⁵.

Dans le cas d'espèce, il y a lieu subsidiairement de s'interroger si les activités relatives à la gestion des secours sur pistes et au recouvrement des frais de secours qualifiées précédemment de nature administrative, le sont effectivement ou non.

D'une part, suivant la forme juridique d'exploitation, le juge administratif qualifie la même activité locale tantôt de service administratif, tantôt de service industriel et commercial. Ceci se vérifie en matière de camping municipal⁷⁶ et pour déterminer la nature juridique du service, le juge administratif se réfère à la volonté de l'autorité organisatrice manifestée lors de la décision institutive et au travers de l'exploitation⁷⁷. C'est ce raisonnement qui a été suivi en déterminant au préalable le statut juridique de la régie susvisée de Tignes.

D'autre part, il n'est pas certain que l'activité matérielle de secours sur pistes soit une activité régaliennne indissociable du pouvoir de police du Maire sur le domaine skiable, mais peut au contraire être considérée comme une simple prestation de service pour le compte du pouvoir de police du Maire. D'ailleurs, selon le Conseil Supérieur des Sports de Montagne⁷⁸, les conventions de distribution de secours ont – d'après la circulaire du ministère de l'Intérieur du 4 décembre 1990 relative au remboursement des frais de secours pour la pratique du ski – pour unique objet l'exécution d'une prestation matérielle qui ne repose sur aucune prérogative de puissance publique.

Dans ces conditions, il n'apparaît pas antinomique d'associer à une régie des pistes gérant à titre principal une activité à caractère industriel et commercial, une activité connexe de distributions des secours sur les pistes.

La doctrine reconnaît qu'il puisse exister des établissements publics dont la mission principale est industrielle et commerciale mais qui peuvent exercer, à titre accessoire des

⁷⁴ J.F Lachaume in « Grands services publics », Ed Armand Colin, 2^{ème} édition, p.183.

⁷⁵ Jean Dufau J.C.A Fasc. 150 Rub.N°106 : « Les ports autonomes qui assurent concurremment une mission de service public à caractère administratif en ce qui concerne notamment l'aménagement, l'entretien et la police des aménagements et des accès du port et une activité de nature industrielle et commerciale en ce qui concerne en particulier l'exploitation des outillages du port (CE 17/04/1959 Abadie / CE 26/06/1974 Port autonome de Marseille . Rec. p.369) ».

⁷⁶ J.C.A Fasc.150 Rub N° 36

⁷⁷ TC 14/01/1980 – Le Crom c/Cne de St Philibert. Req 2141, in JCA .Fasc126-10 Rub. N° 203 : « que de tels services créés dans l'intérêts général, n'ont le caractère industriel que dans le cas ou les modalités particulières de leur création et de leur gestion impliquent que la commune a entendu leur donner ce caractère ».

⁷⁸ CSSM, Guide méthodologique en collaboration avec l'Etat : « cadre juridique des arrêtés de police municipale concernant les sports d'hiver », octobre 1999 p57.

activités administratives ; et vice versa ⁷⁹ .

§ 2. La « Régie Directe » de l'article 47 de la loi « Montagne »

L'article 47 de la loi «Montagne» du 9 janvier 1985 relatif aux conditions d'exécution du service public des remontées mécaniques, effectue une distinction entre 2 catégories de régies en ces termes :

« L'exécution du servie est assurée soit en régie directe, soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, ... »

Dans leur réponse commune devant la Cour des Comptes, le Ministère de l'Equipement, des Transports et du Logement ainsi que le Secrétariat au Tourisme interprètent la rédaction de l'article 47 de la loi «Montagne» du 9 janvier 1985 comme assimilant « régie directe » et « régie autonome » ⁸⁰ , sur le fondement du décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980 et de sa circulaire d'application du 8 Mai 1981.

Il est exact que lors de la publication de la loi «Montagne», le décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980 régissait le régime des régies des transports publics.

Celui-ci avait posé:

- le principe de la création d'un établissement public à caractère industriel et commercial (art.15);
- et la faculté de déroger pour les collectivités de moins de 20 000 habitants, en exploitant sous forme de « *régie directe* » (art.30).

Cependant, la description de cette « régie directe » avec l'obligation de nommer un directeur et d'avoir une comptabilité autonome relève en réalité du statut juridique de la « Régie Autonome ». En effet, par nature, « *une régie simple ou directe* » n'a ni directeur, ni budget annexe du fait qu'il n'existe pas de statut juridique distinct de la collectivité de rattachement. D'ailleurs aujourd'hui , du fait du progrès accompli dans la conceptualisation des notions de régies « directe, simple et autonome », le code général des collectivités territoriales assimile la notion de « régie simple avec celle de régie directe » ⁸¹ et non pas avec celle de régie autonome comme le faisait à tort l'article 30 du décret précité du 29 octobre 1980. S'agissant dans ce dernier cas d'une qualification réglementaire , et non législative, le juge administratif aurait tout pouvoir pour requalifier les statuts de ladite régie de transport.

⁷⁹ Jean Dufau in J.C.A 150 , Rub N°102 à 104 : « Il y a des établissements publics industriels et commerciaux qui exercent des activités de nature administrative. Il en va ainsi, par exemple, pour le Centre d'études marines avancées lorsqu'il s'occupe de la construction d'un sous-marin d'intervention expérimental (CE 7/12/1984-Rec. CE p.413) » .

⁸⁰ in Rapport de la Cour des Comptes 2001, p.832 : « aux termes de l'article 30 du décret du 29 octobre 1980 éclairés par la circulaire du 8 mai 1981, les termes régie directe et régie dotée de la seule autonomie financière sont ici exactement synonymes puisque dans tous les cas la nomination d'un responsable d'exploitation et un budget annexe sont exigés ».

⁸¹ Extrait art. L 2221-11 du CGCT : « l'établissement d'un budget annexe , pour les services de distribution d'eau potable et d'assainissement gérés sous forme d'une **régie simple ou directe** , est facultatif... ».

De plus, sous-entendre que le Législateur en employant l'expression « *régie directe* » à l'article 47 de la loi « Montagne » avait nécessairement à l'esprit le sens donné par le décret du 29 Octobre 1980 n'est pas certain. En effet, suite à l'approbation de la loi « Montagne » du 9 janvier 1985, le pouvoir réglementaire s'est empressé d'abroger le décret du 29 Octobre 1980 pour le remplacer par le décret du 16 Août 1985 ; lequel n'emploie plus l'expression de « *régie directe* » mais de « *régie dotée de la seule autonomie financière* » consacrant ainsi l'évolution conceptuelle qui était déjà d'actualité.

Si J.F Lachaume classe d'un point de vue doctrinal « *la régie autonome* » dans la catégorie de la « *régie directe* »⁸² comme l'entend l'Administration centrale, il faut également préciser qu'il se singularise dans son analyse en considérant en outre que la régie dotée de la personnalité morale est extérieure au mode de gestion en régie. L'analyse de cet éminent auteur paraît en l'occurrence méconnaître la théorie du droit communautaire du contrat « in house »⁸³ qui sous-tend la notion de gestion « in house » des services publics, laquelle rejoint la conception du droit interne de la régie personnalisée .

Au demeurant, la Doctrine dominante n'appréhende pas « *la régie autonome* » comme constituant un mode de régie directe mais au contraire comme relevant de la régie indirecte avec la Régie Personnalisée⁸⁴ .

En outre , si en cas d'acceptation du raisonnement de l'Administration centrale selon laquelle les notions de « régie directe et de régie autonome » sont synonymes, cela signifie par déduction que la notion « *en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » de l'article 47 de la loi « Montagne » désigne uniquement la « régie personnalisée ».

Or, l'expression « *par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » est commune à la loi « L.O.T.I. » et à la loi « Montagne ».

Dans ces conditions, il faudrait conclure que la loi « L.O.T.I. » , lors de sa promulgation , par la rédaction de son article 7. **Il qui ne pose que le principe du mode de gestion en régie par « une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial »**, excluait nécessairement tout autre mode d'exploitation que celui de la régie personnalisée.

Ainsi, il y aurait eu contradiction entre l'article 7 II de la loi « L.O.T.I. » et l'article 30 du

⁸² Ouvrage précité.p151 : « *Seules doivent être considérées comme de véritables régies directes, celles ...dotées de la seule autonomie financière et les régies simples c'est à dire non pourvues de l'autonomie financière* ».

⁸³ in Rapport public 2002 du Conseil d'Etat p 307 et 308 : « *La Cour a ainsi posé deux conditions au jeu de l'exception de la prestation in house : l'entité adjudicatrice exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; la personne morale prestataire réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent. Cette position de la Cour permet en principe au droit communautaire d'être neutre quant au choix d'une collectivité d'internaliser une prestation ou de l'externaliser, par création d'un outil propre* » .

⁸⁴ René Chapus. Droit Administratif Général .Tome I. précité . Rub.N°807 :« *On peut considérer que les services de l'Etat dotés d'un budget annexe (et tels que les Journaux officiels ou les Monnaies et Médailles) sont des régies indirectes* ».

décret du 29 octobre 1980 applicable à l'époque qui dérogeait précisément à l'exclusivité du mode de gestion selon la régie personnalisée ; ce qui semble peu probable.

En conséquence, il faut bien admettre que l'expression « *par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » englobait dès l'origine dans sa signification à la fois la régie personnalisée de l'article 15 mais également la Régie directe (qui est en réalité une régie Autonome) de l'article 30 du décret du 29 Octobre 1980. Ainsi , l'apport de la loi «Montagne» par la notion de « régie directe » ne peut que désigner une « régie simple ».

En outre, le terme « *personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » - commun à l'article 7.II de la loi « L.O.T.I » et à l'article 47 de la loi «Montagne» - a un contenu juridique plus large que celui « *d'établissement public à caractère industriel et commercial* » de l'article 15 du décret du 29 octobre 1980 et ne saurait donc être réduit à cette seule interprétation comme s'y livre pourtant l'Administration Centrale. Une personne publique peut en effet gérer un service public industriel et commercial au moyen d' une « *Régie Autonome* » sans pour autant avoir la qualité d'établissement public industriel et commercial. C'est le cas de la Commune de Montgenèvre avec sa Régie Autonome exploitant les remontées mécaniques comme l'a reconnu la Cour de Cassation - chambre sociale, en admettant sa compétence en matière de litige du travail concernant un salarié saisonnier « perchiste »⁸⁵ .

Ainsi, il n'est pas possible de nier la spécificité juridique de l'article 47 de la Loi «Montagne» qui fait une distinction entre « *Régie Directe* » et « *Régie par une personne publique sous forme de SPIC* ».

Dans ces conditions, par sa rédaction, **la loi «Montagne» se démarque de la loi de droit commun sur les transports publics dite « L.O.T.I. » du 30 décembre 1982** en différenciant pour l'exploitation des remontées mécaniques :

- soit sous forme de « *régie directe* » ;
- soit par une personne publique en régie « *sous forme d'un service public industriel et commercial* » ; cette expression regroupant à la fois les modes de gestion en « régie autonome » et en « régie personnalisée ».

D'ailleurs, le Ministère de l'Equipement et le Secrétariat d'Etat sont conscients des limites de leur raisonnement juridique puisque pour en corriger les effets, ils citent une instruction du Ministère des finances qui fait une distinction entre « régie directe » et « régie autonome »⁸⁶ .

Sur le fondement de cette Instruction de la Direction Générale des Impôts du 8 octobre 1986, les Trésoreries Générales ont été amenées à préciser aux exploitants

⁸⁵ CC 26/11/1991, pourvoi 88-44082 , Régie Autonome des remontées mécaniques de Mongenèvre . Remarque : Depuis, la Régie de Montgenèvre s'est transformée en EPIC tout en conservant la dénomination de « Régie Autonome ».

⁸⁶ Rapport annuel de la Cour des Comptes 2001 page 832 : « *Cependant , Il n'en demeure pas moins qu'une instruction fiscale mentionne la possibilité de régies directes dotées ou non de l'autonomie financière - régime fiscal des régies communales et départementales de remontées mécaniques 8 octobre 1986 ...* ».

publics, les conséquences du choix entre « *régie directe* » et « *régie autonome* » en matière d'imposition.⁸⁷

L'originalité de l'article 47 de la loi « Montagne » du 9 janvier 1985 par rapport à la loi « L.O.T.I. » du 30 décembre 1982 se rapporte uniquement à la notion de « *régie directe* », en ce sens que par sa rédaction même ce mode de gestion n'est pas relié à la notion de l'exploitation d'un service à caractère industriel et commercial ; et apparaît en conséquence relever « *à contrario* » de l'exploitation d'un service public administratif.

En effet, il semble que par l'expression « Régie directe », le Législateur avait en vue la multitude de petits domaines skiables exploités par les communes en régie simple, c'est à dire sans séparation comptable avec le budget principal et dont le chiffre d'affaires est trop insignifiant pour constituer un réel service industriel et commercial.

La limite entre SPA et SPIC peut être parfois ténue, comme le démontre A.G. Kouévi à propos de la collecte des ordures ménagères⁸⁸.

La description à laquelle instruction du Ministère des finances susvisée se livre de la régie directe⁸⁹, correspond parfaitement aux critères d'un service public administratif

⁸⁷ Extrait ducourrier du 4/02/1991 de M. le T.P.G de Savoie concernant la Régie des remontées mécaniques de Ste Foy en Tarentaise : « *Sur le plan du conseil financier, il convient d'appeler l'attention du maire sur les conséquences fiscales qu'implique la qualification de régie dotée de l'autonomie financière. En effet, les régies dotées de la seule autonomie financière, redevable de la T.V.A, sont en outre passibles de l'impôts sur les sociétés et de l'imposition forfaitaire annuelle. Par exception autorisée expressément par l'article 47 de la loi N°85-30 du 9 janvier 1985 dite loi montagne, les services de remontées mécaniques et des pistes peuvent être des régies directes faisant l'objet d'un budget annexe en raison de leur assujettissement à la T.V.A* ».

⁸⁸ in : « Le droit des interventions économiques des collectivités locales », LGDJ mars 2003 p29/30 : « **A propos de la nature juridique du SP d'enlèvement des ordures ménagères** : il n'est pas toujours un SPIC. En réalité, la question n'est pas définitivement tranchée : la nature juridique du SP d'enlèvement des déchets ménagers doit être considérée comme dépendant de son mode de financement. En effet, les assemblées locales ont, en vertu de la loi, le choix entre son financement par la TEOM (véritable impôt) assise sur tous les contribuables, et son financement par la REOM, perçue sur les usagers en contrepartie directe d'un service rendu et assise sur le volume de déchets collectés. Dans le premier cas, le SP d'enlèvement des déchets ménagers revêt un caractère administratif, alors qu'il est un SPIC dans le second cas. Aux termes de l'article L. 2333-76, al. 1^{er} du CGCT, « les communes, les établissements publics de coopération intercommunale ou les établissements publics locaux qui assurent l'enlèvement des ordures, déchets et résidus **peuvent instituer une redevance** calculée en fonction de l'importance du service rendu ». Il en résulte que la loi n'impose pas aux autorités locales le recours à la REOM. En conséquence, seule la volonté de celles – ci et leur choix entre la TEOM et la REOM vont conférer au service créé un caractère administratif, ou industriel et commercial. . . La jurisprudence récente confirme cette incertitude : d'une part, le juge administratif a admis que si le financement du service n'est assuré que partiellement par la redevance, celui-ci peut revêtir le caractère d'un SPA (C.A.A. Bordeaux, 6 Mai 1993, Commune de Corneilla de Fontflet, Req. n° 92 BX 01174) : d'autre part, à fortiori, si l'essentiel du financement provient de la TEOM (C.E. 28 Juin 1996, SARL d'exploitation des Ets Bailly, préc) ou par le budget local (C.E. 8 Janvier 1997, Sté Verrerie – Cristallerie d'Arques : Req. n° 151.795 : Rec T.779.780 ».

⁸⁹ Rapport de la Cour des Comptes 2001, page 832 : « *Dans l'hypothèse d'une régie directe non autonome, les recettes et les dépenses du service sont inscrites au budget de la commune sans être individualisées. Le maire est l'ordonnateur et le receveur municipal accomplit les fonctions de comptable. La régie non autonome n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés. Les agents affectés au service sont nécessairement des agents de la collectivité territoriale* ».

puisque dans ce dernier cas, selon cette instruction, les agents ont la qualité d'agent public.

Au demeurant, la jurisprudence administrative reconnaît qu'un service administratif peut intervenir également dans un champ concurrentiel ; il n'y a pas d'interdiction absolue en la matière ⁹⁰ .

Si le mode d'exploitation en « régie directe ou simple » est en règle générale marginal pour exploitation d'un service générant des ressources propres, il n'est toutefois pas exceptionnel dans son principe puisqu'en matière d'eau et d'assainissement, l'article L 2221-11 du code général des collectivités territoriales autorise ce mode de fonctionnement dans les communes de moins de 500 habitants

Par ailleurs, la Cour de Cassation n'a pas écarté l'hypothèse qu'une régie des remontées mécaniques constitue un service public administratif ⁹¹ dans le cas de la régie des remontées mécaniques de Ste Foy en Tarentaise. Cependant pour éliminer finalement cette qualification, la Cour de Cassation s'est livrée à une analyse des critères jurisprudentiels ⁹² à savoir : l'objet du service, l'origine de ses ressources et les modalités de fonctionnement ⁹³ .

Dans le cas d'espèce, après contacts avec la Mairie concernée ⁹⁴ , il s'agit d'une régie autonome et donc gérant un service industriel et commercial. En conséquence, l'examen juridique auquel s'est livrée la juridiction sociale ne se justifiait pas dans cette affaire et témoigne de la part de la Cour de Cassation d'une méconnaissance certaine du cadre réglementaire régissant l'exploitation des remontées mécaniques en régies locales. En effet, la qualité de service public administratif ne semble devoir être réservée qu'à une « régie directe » d'après la qualification textuelle donnée par le Législateur au travers de la rédaction de l'article 47 de la loi «Montagne» du 9 janvier 1985.

François Bourrachot, commissaire du gouvernement auprès de la cour administrative d'appel de Lyon, défend une notion organique et extensive de la nature du service public des remontées mécaniques puisque selon lui, le service des remontées mécaniques revêt par essence un caractère administratif s'il est exploité par une Commune ou par un Département ⁹⁵ . Son analyse se fonde, sans doute, sur les débats parlementaires mais va au-delà de la rédaction même de l'article 47.

Une commune ou un département exploite nécessairement une régie des remontées

⁹⁰ T.A. de Dijon 20/02/2003. req N° 99245 , J.L Bernard consultants et IGN , in AJDA 21/04/2003 .P 790.

⁹¹ C.CASS ,Ch.Soc. 9/5/2000, Commune de Ste Foy Tarentaise ,pourvoi N° 98-40043.

⁹² « la cour d'appel, qui a constaté que pendant la période d'exécution du contrat de concession, la subvention communale n'avait cessé de décroître, et qui a fait ressortir que les ressources du service provenaient principalement des redevances des usagers, a retenu que la nature du service des remontées mécaniques n'avait pas été modifiée par la reprise de celui-ci en régie... »

⁹³ Cité par René Chapus , Droit Administratif général, tome1 précité .rub N°768

⁹⁴ Extrait de l'article 1 du Règlement Intérieur : « La Régie des remontées mécaniques de Ste FOY Tarentaise est ..à caractère industriel et commercial, doté(e) de la seule autonomie financière, conformément ... ».

mécaniques sous forme industrielle et commerciale⁹⁶ si elle le gère sous forme de régie autonome ou de régie personnalisée ; seule l'exploitation sous forme de régie directe confère la qualité de service public administratif.

Il est vrai que Jean Dufau classe l'exploitation des remontées mécaniques sous la forme de régie directe parmi les services industriels et commerciaux sur le fondement d'un arrêt du Tribunal des Conflits de 1990⁹⁷.

Toutefois, la lecture de l'arrêt permet de relever que les faits datent du 31 janvier 1984 c'est à dire d'une année avant la publication de la loi «Montagne» ; ce qui explique vraisemblablement cette jurisprudence qui paraît contraire à la lecture de la loi N° 85-30 du 9 janvier 1985. Les faits étant antérieurs à ladite loi, cette jurisprudence ne saurait servir de norme jurisprudentielle de référence puisque la problématique juridique a évolué par la rédaction même de l'article 47 de la loi «Montagne». De plus, il s'agissait en l'espèce de la commune de Megève qui a toujours fait partie des principales stations françaises et donc l'exploitation des remontées mécaniques était développée sous un angle industriel et commercial.

Pour Christophe Fiorentino l'adjonction du terme « régie directe » à l'article 47 de la loi Montagne n'avait pas pour objet de sous-traire ce mode d'exploitation au régime juridique des SPIC mais seulement de rappeler leur existence⁹⁸.

L'élément majeur mis en avant par ce dernier consiste en ce que la qualification de « régie directe » se distinguait dès l'origine pour le Législateur totalement des autres

⁹⁵ Conclusions sur Arrêt CAA Lyon 13/04/2000, Cne de St Sorlin d'Arves, req.N°96LY02472 in AJDA 2000. P.849 : « l'article 47 de la loi Montagne retient la qualification de service public industriel et commercial dans la seule hypothèse ou le service des remontées mécaniques est exploité en régie par une personne publique autre que la commune ou le département ».

⁹⁶ P. Neveu, article précité in « Tourisme et Droit » N° 53, décembre 2003, p8 : « Le juge a d'ailleurs eu depuis l'occasion de qualifier expressément l'exploitation des ouvrages de remontées mécaniques comme constituant un service public industriel et commercial (CAA Bordeaux, 27 nov. 1995, M. Tesserenc-Bonestève, Gaz. Palais 30 jan. 1997, panorama droit administratif p16. Cependant, la Cour Administrative de Lyon s'est, quant à elle, abstenue de procéder à une telle qualification malgré l'invitation qui lui été faite par son commissaire du gouvernement, conclusions F. Bourrachot sur Cne de St Sarlin-d'Arves, AJDA 2000, p.849). De même, le Tribunal des Conflits a récemment qualifié l'exploitation de l'ensemble du domaine skiable d'une station comme constituant un service public industriel et commercial (TC, 18 juin 2001, Laborie et autres c/ Soc. Altiservice, Rec. Lebon Tables. Le Tribunal des conflits statuant sur renvoi du Tribunal Administratif de Pau relève : **considérant que la société Altiservice, personne morale chargée par la Commune de l'exploitation de la station ... exploite un service industriel et commercial** ».

⁹⁷ T.C 29 Oct. 1990, Moyal, Req.N° 2625. RDP 1991p.1152 in J.C.A .Fasc N° 150 Rub.N° 18

⁹⁸ in « Remontées mécaniques, territoire et tarification du service public », RGCT de Mai-Juin 2001, p5 : « Les travaux préparatoires de la loi du 9 janvier 1985 vont utilement nous éclairer. La rédaction originelle de l'article 47 disposait : « L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme de service public à caractère industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention.. ». Pourquoi, alors le législateur a-t-il inséré le mode de gestion de la régie directe ? C'est le secrétaire d'Etat Souchon qui livre la réponse en affirmant que « la dénomination proposée ... permet d'éviter toute confusion avec les régies de fait qualifiées de régies directes, sans exigence juridique, mais qui constitueraient une déviation des régies recensées au code des communes ».

procédés de régie réglementés à l'époque par le décret du 29 octobre 1980 . Ce fait contredit l'interprétation de l'administration centrale à posteriori sur ce point particulier de la loi « Montagne » et conforte l'analyse sur la spécificité de ce mode d'exploitation.

Pendant les propos du Secrétaire d'Etat de l'époque sont sans équivoques, le Législateur a réintroduit la notion de régie simple en raison de son existence dans les faits. Ce faisant, la rédaction du texte ne qualifie pas pour autant ce mode d'exploitation de SPIC et cela est tout à fait compréhensible eu égard au mode de fonctionnement de ces petites stations pour qui le budget principal, essentiellement les ressources fiscales, finance le déséquilibre structurel des remontées mécaniques .

Pour conclure, si l'on admet à titre totalement dérogatoire au droit commun la nature de service administratif de la « régie directe » sur le fondement de la rédaction de l'article 47 de la loi « Montagne » , il reste à définir son cadre réglementaire de référence.

Dans la mesure où les dispositions de l'article L 2221-8 du code général des collectivités territoriales prohibent les régies directes, à l'exception de celles existantes avant le 28 décembre 1926, la « régie directe » de l'article 47 de la loi «Montagne» ne relève pas non plus des dispositions spécifiques du CGCT en matière de régies. Par contre, elle relève bien des dispositions générales du CGCT régissant l'organisation et le fonctionnement des collectivités locales.

CHAPITRE 2: LES SOURCES COMMUNAUTAIRES

Après une étude de la régie comme entreprise publique au regard du droit communautaire (Section I) , il sera défendu que ce mode d'exploitation appliqué au secteur des remontées mécaniques semble être pérenne au regard des évolutions possibles du droit communautaire dans le domaine des services publics (Section II).

Section I – La régie d'exploitation d'un service marchand comme entreprise publique au sens du droit communautaire

Selon le « *Livre Vert sur les services d'intérêt général* » publié en mai 2003 ⁹⁹ par la Commission des Communautés Européennes, le concept communautaire des services d'intérêt général opère une triple différenciation entre ¹⁰⁰ :

- les services d'intérêt économique général fournis par les grandes industries de réseau ;
- les autres services d'intérêt économique général ;
- les services non économiques et les services sans effets sur le commerce.

Cette classification effectue une distinction nette entre services marchands et non marchands, sachant que la limite entre les deux notions est évolutive.

⁹⁹ In Gazette des C-D-R du 8 /9/2003 , Cahier détaché Etudes et documents

¹⁰⁰ Point 3.2

Ainsi, le service d'intérêt général est conçu d'abord comme une activité c'est à dire par son critère matériel ; et ceci indépendamment de la manière dont il est organisé et des organismes qui l'assurent. La traditions française insiste le plus souvent sur le critère organisationnel, ce qui constitue l'un des facteurs du mal-entendu entre la conception interne du service public et celle communautaire ¹⁰¹ .

L'article 2 de la directive communautaire n° 80/723 du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, définit comme entreprise publique :

« Toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

Cette définition rejoint les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de la notion d'entreprise ¹⁰² .

Ce faisceau d'indices fait dire à Achille Hannequart ¹⁰³ que les formes juridiques de l'Entreprise Publique au sens du droit communautaire rencontrent trois formes principales : incorporation de l'activité à un ministère , constitution sous forme d'organisme d'intérêt public pouvant prendre des formes variées depuis l'établissement public jusqu'à la société anonyme , et nationalisation.

Au regard de l'entreprise publique locale, cette classification recouvre les notions de Régie sous ses différents modèles (directe, autonome et personnalisée) ainsi que les sociétés d'économie mixte.

Pierre Delvolvé fait observer que la notion communautaire du droit de la concurrence , sous- jacente au concept d'entreprise, comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique ¹⁰⁴ . A titre d'exemple, il cite la régie gérant un service marchand.

Cet éminent Professeur précise en outre que la conception communautaire du droit de la concurrence rejoint celle dégagée en droit interne par l'article 53 de l'ordonnance du

¹⁰¹ Pascal Lamy commissaire européen au commerce , intervention lors du débat « Europe et services publics » à l'AMF le 20 mars 2003. archives AMF: « Il faut réduire ce décalage entre une perception, encore trop présente en France, que les services publics sont une notion exclusivement française , la réalité des services publics dans l'ensemble des Etats membres de la Communautés et la réalité de l'acquis communautaire en la matière. Il faut dépasser le stade des querelles historiques et sémantiques ...Tous les pays de l'UE disposent de services publics qui s'inscrivent dans des traditions et des situations qui leurs sont propres. L'exemple des compagnies municipales d'électricité en Allemagne nous vient immédiatement à l'esprit. Les réseaux interurbains et locaux de transports publics en Irlande sont moins couramment cités. Les exemples pourraient être multipliés ».

¹⁰² Arrêt de la CJCE du 6 Juillet 1982 : Républiques Française ,Italienne et Royaume Uni contre Commission N° 188 à 190/80, Rec 1982 p 2545. Egalement CJCE 23 Avril 1991, Hoffner et Elser c/Macroton, N° C41-90, Rec.CJCE, p.1979, définissant la notion d'entreprise en ces termes « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».

¹⁰³ contribution à l'ouvrage collectif réalisé en commun par les associations CIRIEC et TEPSA sur les Entreprises Publiques dans l'Union Européenne : « Entre concurrence et intérêt général », Editions PEDONE 1995 p.90

1^{er} Décembre 1986 relative au droit de la concurrence¹⁰⁵. Il conclut que cette définition de l'ordonnance en termes d'activités et non d'entité, couvre nécessairement les entreprises publiques quelque que soit leur forme : établissement public, société, voire régie non personnalisée d'une collectivité publique.

Ainsi, le mode d'exploitation des remontées mécaniques en régie constitue indéniablement une des formes de l'entreprise publique locale exploitant un service marchand au sens du droit communautaire et du droit interne de la concurrence.

Le mode d'exploitation en Régie d'un service public à caractère industriel et commercial forme une des composantes de l'entreprise publique non seulement au regard de la définition donnée par l'article 2 de la directive communautaire précitée N° 80/723, des analyses susvisées de la Doctrine mais aussi en application de la Jurisprudence de la CJCE.

En effet, comme le rappelle Armand Bizaguet¹⁰⁶ en sa qualité de délégué du Centre Européen des Entreprises à Participation Publique et d'Intérêt Economique Général (C.E.E.P.), dans l'arrêt Decoster du 27 Octobre 1993, la CJCE a estimé que « *le fait que l'exploitation du service public et la commercialisation des appareils terminaux* » soit confiée à des « *entités intégrées dans l'administration publique* » ne saurait soustraire ces dernières à « *la qualification d'entreprise publique* ». En conséquence, à côté des sociétés d'économie mixte, la notion d'entreprise publique locale au sens de la jurisprudence communautaire inclut bien évidemment les régies exploitant des services marchands quelle que soit leur forme (directe, autonome ou personnalisée).

La Cour de Justice des Communautés Européennes avait déjà eu l'occasion de considérer qu'un service administratif non doté d'une personnalité juridique propre de type régie d'une collectivité publique, pouvait constituer une entreprise¹⁰⁷.

¹⁰⁴ contribution à l'ouvrage collectif : « *Quel avenir pour les Entreprises Publiques* ». résultat d'un colloque tenu le 19 Mai 2000 sous la direction de Roland DRAGO. Edition PUF 2001 p53 : « *le statut juridique de l'entité importe peu. C'est pourquoi est retenue cette expression générale et approximative. Ainsi, une régie, qui s'insère dans la personnalité d'une collectivité publique, sans être dissociée juridiquement de celle-ci, n'en constitue pas moins une entreprise dès lors qu'elle exerce une activité de production ou de distribution de biens ou de services* ».

¹⁰⁵ Ouvrage précité p 57 : « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* » .

¹⁰⁶ Communication en date du 25 Juin 2001 , site internet CEEP : « *En troisième lieu, la complexité des formes juridiques utilisées sous le nom commun d'entreprises locales, publiques ou mixtes, est souvent source de confusion, d'autant plus que ces diverses entités peuvent avoir des frontières floues. C'est ainsi qu'on trouve dans cette catégorie, tout à la fois des Sociétés d'Economie Mixte Locales (S.E.M.L) ; des établissements publics locaux ; des régies personnalisées, qui possèdent une personnalité morale entière ; des régies autonomes possédant l'autonomie financière, mais pas la personnalité morale ; des régies directes, c'est à dire des services internes comptabilisés dans le budget même des collectivités locales... Dans ce dernier cas, la Cour de Justice Européenne a admis elle même qu'une « entreprise » était une « entité qui exerçait une activité économique », quel que soit son statut (arrêt Hofner du 21 Avril 1991) . L'arrêt Decoster du 27 octobre 1993 précise d'ailleurs ... ».*

¹⁰⁷ CJCE 16 juin 1987, République italienne, Rec. CJCE, p.2599.

Dans ces conditions, il est étonnant que les milieux socio-professionnels en France ait tendance à ne pas reconnaître la qualité d'entreprise publique à la régie, contribuant de facto à dévaloriser l'image de ce mode d'exploitation pour la gestion des services publics locaux à caractère industriel et commercial.

Par exemple, dans son ouvrage « *les Entreprises Publiques Locales dans les quinze pays de l'Union Européenne* » , le groupe bancaire et financier DEXIA donne une définition restrictive de l'Entreprise Publique fondée uniquement sur l'actionnariat et écartant les Régies :

« La définition commune retenue de l'entreprise publique locale est la suivante : une entreprise à forme société, exerçant une mission d'intérêt général et dont au moins 50 % du capital est détenu par une ou plusieurs collectivités locales, par exception moins de 50 % si ces autorités disposent d'un contrôle réel sur l'activité de l'Entreprise »¹⁰⁸ .

La raison de ce point de vue restrictif est rappelée à l'occasion de l'actualisation des données de cet ouvrage, par l'intervention d'Axelle Verdier pour le compte de DEXIA lors de la 5^{ème} conférence européenne des entreprises publiques locales organisée le 29 Octobre 2002 par la Commission entreprises locales du CEEP. L'intéressée souligne que l'étude sur les entreprises publiques locales en Europe a été faite en collaboration avec la Fédération Nationale des SEM¹⁰⁹ .

Ce concours est tout à fait justifié , mais encore faut-il que la recherche menée n'aboutisse pas à tronquer la définition de l'Entreprise Publique locale telle que la donne précisément le droit communautaire qui ne la limite pas aux seules sociétés par actions avec participation publique au capital.

Dans ces conditions, l'affirmation selon laquelle « *les entreprises publiques locales françaises sont obligatoirement des sociétés d'économie mixte* » comme le prétend la Fédération Nationale des SEM¹¹⁰ , est juridiquement incorrecte . Cette organisation professionnelle fait référence à une définition de l'entreprise publique donnée il y a plus de trente ans par le Conseil d'Etat en opérant de plus une réfaction en supprimant les EPIC¹¹¹ .

Même au regard du droit interne qui a une conception moins extensive de l'entreprise

¹⁰⁸ « *les Entreprises Publiques locales dans les quinze pays de l'Union Européenne* » Edition DEXIA Année 2000 p.8 .

¹⁰⁹ « La synthèse présentée ici de l'enquête succincte sur les entreprises publiques locales sous l'angle des partenariats publics / privés a été conduite par la Fédération des SEM et Dexia Crédit Local, et à l'initiative de la Fédération des SEM. *L'implication de Dexia aux cotés de la Fédération des SEM sur cette thématique s'inscrit pleinement dans le champ d'intervention du groupe DEXIA, présent à l'échelle européenne : groupe bancaire franco-belge spécialisé dans le financement des équipements collectifs et des services financiers aux collectivités locales dans le monde, Dexia est aussi partenaire des acteurs du développement local. Le groupe, qui opère dans la quasi totalité des pays de l'Union Européenne, a acquis par le biais de ses filiales et implantations, une connaissance approfondie du fonctionnement des collectivités locales en Europe. C'est à ce titre, et en tant que partenaire de longue date de la Fédération des SEM, que cette dernière nous a associés pour travailler à approfondir la connaissance des entreprises publiques locales à l'échelle européenne* ».

¹¹⁰ article : « *les Entreprises Publiques locales en Europe* » site Internet de la Fédération des SEM

publique que le droit communautaire, la doctrine n'exige pas la composition sous forme de société de capitaux mais seulement le critère de la personnalité juridique ¹¹² .

D'ailleurs , le Conseil Economique et Social dans son rapport 2003 intitulé « *L'investissement Public en France* » cite les régies des services publics parmi les entreprises publiques locales et l'auteur regrette qu'il n'existe plus depuis la décentralisation d'observatoire national consacré aux régies suite à la suppression du Conseil national des services publics départementaux et communaux ¹¹³ .

Il est paradoxal de constater que le mouvement de décentralisation initié à partir de 1982 ait pu contribuer involontairement à la disparition des informations officielles sur le fonctionnement des régies au plan national. L'Etat assure donc mieux une fonction de contrôle que d'accompagnement au développement des collectivités locales.

Ce déficit d'informations économiques sur les régies françaises d'exploitation de services publics à caractère industriel et commercial ne peut évidemment que favoriser indirectement le discours idéologique qui présente la société d'économie mixte comme l'unique modèle d'entreprise publique locale en droit français.

Selon une étude de l'Institut de la Gestion Déléguée, si la gestion déléguée des services publics locaux toutes activités confondues est dominante en France, la Régie demeure encore fortement présente sur le plan de l'activité économique puisqu'elle représente actuellement ¹¹⁴ :

- 42 % des modes de gestion en nombre de contrats ;

¹¹¹ Denis Broussolle « Les privatisations locales » AJDA 1993 p.323 :« *En l'absence d'indication du législateur sur le champ d'application de certaines dispositions spécifiques, le Conseil d'Etat avait, dès le 10 juillet 1972 (CE 10/07/1972 Air Inter Leb. P.537) considéré comme entreprises publiques : les EPIC, les entreprises nationalisées et les sociétés dans lesquelles l'Etat ou d'autres personnes de droit public (donc aussi locales) détiennent séparément ou conjointement plus de la moitié du capital social, ainsi que leurs filiales majoritaires.* » .

¹¹² A. Delion in « Le droit des entreprises et participations publiques » LGDJ Février 2003, p 29 :« *Une entreprise publique est un organisme doté de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique* » .

¹¹³ par Charles Demons , Supplément au M.T.P du 4 juillet 2003. p110 :« *Les services de l'Etat (et en particulier, la direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur) ne disposent pas aujourd'hui d'une vue d'ensemble des services publics locaux et de leurs modes de gestion. Il n'est ainsi pas possible de connaître le nombre des régies, leur répartition par secteurs d'intervention (énergie, eau, déchets, transports publics...) ou par nature juridique (services à personnalité morale et autonomie financière, établissements publics locaux...). Les données synthétiques et exhaustives concernant leurs investissements sont a fortiori inaccessibles. Cette information serait pourtant précieuse, non pour contrôler les collectivités locales – puisque leur libre administration est garantie par la décentralisation – mais pour mieux comprendre les évolutions en cours. La fin de la tutelle du ministère de l'intérieur sur les collectivités locales s'est ainsi traduite par la cessation de fait de l'activité d'un organisme tel que le Conseil national des services publics départementaux et communaux. Certaines informations sont recensées, pour le compte des collectivités adhérentes, par la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies (FNCCR) mais elles ne sont forcément que partielles puisque cette association ne regroupe que des services publics de réseaux dans le domaine de l'électricité, du gaz, de l'eau et de l'assainissement .» . Remarque : l'article L 1512 du C.G.CT prévoyant l'existence de cet organisme a été supprimé.*

- 38 % des modes de gestion pondérés par la population desservies.

Au niveau de l'union européenne, sous les réserves exprimées précédemment, il ressort de l'étude de Dexia que le modèle dominant de l'entreprise publique dans les quinze pays de l'union est en voie de devenir le statut de la société commerciale avec une participation publique prédominante voire même exclusive, ou à l'inverse dans une moindre proportion minoritaire dite à « action d'or ».

Toutefois, cette étude met également en évidence de façon subsidiaire que le modèle de la régie et des entreprises publiques assimilées de statut de droit public existe bien sûr en dehors de l'hexagone, dans différents pays de l'union européenne notamment :

- les « Stadtwerke » en Allemagne ¹¹⁵ ;
- en Autriche avec les « Regiebetrieb » (régie de l'administration communale sans autonomie juridique ni organisation distincte) et les « Eingetrib » (régie non personnalisée, mais doté de l'autonomie financière) ¹¹⁶ ;
- « l'Intercommunale dite pure » en Belgique ¹¹⁷ ;
- « l'entreprise municipale dite pure » en Grèce ¹¹⁸
- les « Aziende speciali » en Italie ¹¹⁹ .

Comme en France, il serait nécessaire de créer un observatoire européen d'étude des régies et entreprises publiques assimilées de statut public pour connaître exactement les secteurs d'intervention, le poids économique de ce mode de gestion et ses évolutions.

¹¹⁴ Sources : Institut de la Gestion Déléguée, citées par Etienne Amblard in « associer les entreprises à la gestion des services publics locaux » cahier détaché du 6/10/2003 de la Gazette des C.D.R. p 223

Section II. L'avenir de la régie des remontées mécaniques dans le cadre Communautaire en tant que service public touristique d'intérêt général

¹¹⁵ Ouvrage précité p70 : « D'une façon générale, l'ensemble des structures créées par la commune pour assurer la gestion d'un ou plusieurs services publics locaux emprunte l'appellation de Stadtwerke. Cette notion regroupe aussi bien les entreprises publiques locales (kommunale Unternehmen) que les structures relevant d'un statut public de type régie ou établissement public »

§1) La problématique Générale des SIEG

La notion de service public telle que l'entend le droit français n'est pas partagée par l'ensemble des pays de l'Union Européenne et plus particulièrement en matière de

¹¹⁶ Ouvrage précité p81 : « En 1988, 1450 entreprises publiques locales et structures assimilées ont été recensées. Les régies (regiebetrieb, eigenbetrieb) étant les plus nombreuses »

remontées mécaniques, puisque la France est le seul pays ayant dévolu la compétence première en la matière aux collectivités locales. Le droit étranger notamment au niveau des pays de l'Arc alpin (représentant l'essentiel des remontées mécaniques en Europe

¹¹⁷ Ouvrage Dexia précité p 92-93 : « L'intercommunale est une personne morale de droit public empruntant les formes du droit privé... les entreprises publiques locales peuvent être entièrement publiques (intercommunales dites pures) ou mixtes (intercommunales dites mixtes) »

que ce soit l'Italie, l'Autriche ou la Suisse), laisse l'organisation de cette activité à l'initiative privée. Ceci ne signifie pas pour autant que les collectivités locales ne sont pas participantes au développement des domaines skiables mais elles n'ont pas une compétence exclusive comme en France avec la Loi Montagne du 9 Janvier 1985.

¹¹⁸ Ouvrage Dexia précité p 134 : « Les entreprises municipales ou communales pures sont des personnes morales de droit public soumises aux règles du droit privé »

Cependant le principe du service public n'est pas étranger à la tradition juridique des autres pays européens et se définit sous l'appellation « d'activité économique d'intérêt général » (SIEG) ; et dont la définition est la suivante :

¹¹⁹ « Le service public est une activité économique d'intérêt général définie, créée et gestion individualisée du service public local créée par le décret présidentiel du 4 octobre 1986, ne disposent pas de capital propre et fonctionnent par les seules dotations de la collectivité...Plusieurs collectivités peuvent s'associer dans des aziende speciali qui prennent alors le nom de conzorzi » .

contrôlée par l'autorité publique et soumise à des degrés variables à un régime juridique spécial, quel que soit l'organisme, public ou privé, qui a la charge de l'assurer effectivement » ¹²⁰ .

A.S Mescheriakoff met même en avant la contribution de la notion de SIEG à la cohérence de la notion de service public à caractère industriel et commercial en droit interne ¹²¹ .

Dans ce contexte, courant Mai 2003, la Commission Européenne a publié un « Livre Vert » qui traite de l'avenir des services d'intérêt général en Europe dans l'optique de préparer une directive-cadre sur le sujet .

Ce débat s'inscrit dans la continuité du Sommet Européen de Nice de Décembre 2000 où fut adoptée « une charte des droits fondamentaux de l'union » dont l'article 36 reconnaît l'accès aux services d'intérêt économique général « *afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'union* ».

L'article 86 du traité ¹²² permet de déroger aux règles de la concurrence pour assurer des missions de service public. C'est ainsi que la Commission européenne autorise la prise en compte par les pouvoirs publics des surcoûts engendrés par les missions de service public. C'est à ce titre qu'une collectivité publique française, en sa qualité d'autorité organisatrice de remontées mécaniques, peut subventionner le fonctionnement d'un service de secours sur pistes eu égard à la mission de service public exercée.

Mais comme le regrette le Comité des régions, l'octroi des aides des pouvoirs publics est actuellement limité à ces seuls surcoûts et sur le fondement du principe d'équité en faveur des régions les plus défavorisés et des zones de montagnes, il conviendrait de libéraliser les financements publics « *dans la perspectives de promouvoir non seulement la cohésion économique et sociale mais aussi le développement durable (régional et local) et la création d'emplois* » ¹²³ .

Le commissaire européen au commerce Pascal Lamy est favorable à l'instauration

¹²⁰ *la série économie W-21 . Publications de la DG IV . année 1996. site internet Europarl.eu.int.*

¹²¹ in : « Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles » Ouvrage collectif LGDJ avril 2003, p23 :« *On rappellera simplement ici le reproche de cohérence majeure fait à la notion de SPIC, à savoir satisfaire l'intérêt général en utilisant des méthodes du secteur privé qui sont précisément destinées à satisfaire des intérêts particuliers. Sauf à poser en principe que l'intérêt général coïncide forcément avec la pluralité des intérêts particuliers, force est de constater qu'il existe là une aporie de la philosophie du droit public français. L'approche communautaire du SIEG renverse la perspective. Il ne s'agit plus de réaliser une mission d'intérêt général en utilisant des moyens conçus pour des intérêts particuliers. Il s'agit de poursuivre une activité économique, c'est à dire de satisfaire un marché mais en veillant à poser des règles spécifiques qui non seulement régulent ce marché mais qui en outre permettent de réaliser une mission particulière qui lui a été confiée par la puissance publique* » .

¹²² « *Art 86 :les entreprises chargés de la gestion de services d'intérêts économiques généralsont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence , dans les limites ou l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* » .

¹²³ Avis sur la « *communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général en Europe* » (2002/c19/04) point 2.5 publié au JOCE du 22.12/2002.

d'une clause de sauvegarde en faveur des services publics leur permettant d'échapper aux règles habituelles de la concurrence ¹²⁴ .

De l'actuel débat en cours sur les services d'intérêt général en Europe, il semblerait qu'un consensus se dégage pour qu'en fin de compte les services d'intérêt économique général fournis par les industries en réseau (transports, services postaux, énergie et communication) soient organisés par le droit communautaire d'une part, et d'autre part que les autres services d'intérêt général (marchands et non marchands) ne relèvent que des états membres selon le principe de subsidiarité ¹²⁵ .

« *L'aménagement équilibré du territoire* » faisait d'ailleurs partie des conclusions des Conseils européens de Cannes des 26-27 juin 1995 et de Madrid des 15-16 décembre 1995 relatives aux missions d'intérêt économique général ¹²⁶ .

Or en matière d'aménagement des zones de montagne en Europe , il existe une très grande disparité de situations. De plus, au sein de chaque massif, existent également des différences économiques très importantes entre les grandes stations de réputation nationale ou internationale et les petites ou moyennes stations de ski de réputation locale (départementale ou régionale).

Il ressort nettement de l'analyse des lettres d'observations des Chambres Régionales des Comptes en France que les stations de ski de réputation locale atteignent difficilement l'équilibre financier d'exploitation .

Eu égard à la faible ou l'absence de rentabilité directe des investissements de remontées mécaniques pour ce type de stations de ski , les collectivités publiques françaises sont amenées le plus souvent à assurer financièrement la charge de la maîtrise d'ouvrage des équipements de remontées mécaniques même lorsque l'exploitation est déléguée.

Néanmoins, il s'agit bien dans tous les cas d'espèce d'un service public touristique local dont les effets sont positifs en terme d'aménagement du territoire et de cohésion sociale. La juridiction financière partage en général ce point de vue :

« la réalisation d'équipements de sports d'hiver apparaît souvent pour une commune de Montagne comme l'unique chance de survie face au déclin de ses activités traditionnelles, le seul moyen de créer des emplois sur place, de valoriser les terrains et les activités locales, de financer et de rentabiliser les équipements et les services nécessaires à la population » ¹²⁷ .

D'ailleurs, l'exploitation des remontées mécaniques a été reconnue par la jurisprudence administrative ¹²⁸ , comme constituant effectivement un service public local en matière

¹²⁴ Intervention précitée.

¹²⁵ « L'avenir des services publics en question » Gazette des C-D-R 14 juillet 2003 p 37.

¹²⁶ Rapport d'information de l'Assemblée nationale N° 2751/2000 p 12. « *La défense et la promotion du service public dans l'Union européenne : une impérieuse nécessité* » .

¹²⁷ C.R.C. PACA. Cne d'Isola 26/06/2000

touristique et de loisirs bien avant la promulgation de la loi « Montagne » du 9 janvier 1985 ; de sorte que la construction d'un téléski a pu justifier une expropriation d'utilité publique.¹²⁹

Depuis, la loi N° 92-1341 du 23 décembre 1992 portant répartition des compétences dans le domaine du tourisme officialise d'une part l'association des collectivités locales (régions, départements et communes et leurs organismes de regroupements) à l'Etat pour la mise en œuvre de la politique nationale du tourisme et d'autre part, donne compétence à ces collectivités territoriales pour définir à leur niveau respectif des politiques locales dans le domaine du tourisme¹³⁰.

Cette coordination au plan local des actions dans le domaine du tourisme s'effectue dans le cadre du contrat de plan associant l'Etat et les collectivités locales ainsi que la Communauté européenne . En milieu montagnard , les politiques en faveur du tourisme peuvent être orientées en faveur des stations de ski par l'octroi de subventions pour des investissements structurants¹³¹.

« *Le développement touristique est une forme de développement économique* » comme l'expose Vincent Vlès qui rappelle à ce sujet que le code général des collectivités territoriales donne aux collectivités territoriales pour mission de contribuer au développement de leur territoire¹³². L'auteur précise en outre que le développement touristique en Europe n'est pas un champ d'action laissé au secteur privé mais relève le

¹²⁸ M. J.L LE BRAS Thèse de Doctorat de: « Essai introductif à l'étude des espaces de loisirs » Paris I. 1979. p 182 : « *l'exploitation d'une plage, dans l'intérêt du développement de la station, constitue une activité de service public, de même, celle d'un remonte-pente dans une station de sports d'hivers . conf. C.E. 23 janvier 1959. Cne d'Huez. Rec 67...* » Et aussi P. Neveu « *Fonds de commerce et domanialité* », in *Tourisme et Droit* N° 53, décembre 2003, p.6: « *Dès 1959, le Conseil d'Etat reconnaît l'intérêt général s'attachant à l'équipement d'une commune comme station de sports d'hiver, dans l'intérêt de son développement (CE , 23 janv. 1959, Cne d'Huez). En effet, tout en soulignant la réticence du juge administratif à reconnaître l'existence d'un service public en matière de divertissements, le commissaire du gouvernement, Guy Braibant, relevait dans ses conclusions que : « le développement touristique et sportifs des stations de montagne constitue une œuvre d'intérêt général » (in AJDA 1959, II, p.65). Et de conclure que se rattachait à cette œuvre d'intérêt général , la réalisation des ouvrages de remontées mécaniques, lesquels bénéficiaient alors de la qualification de service public « **de transport se rattachant au développement du tourisme et à l'organisation des loisirs** » (*ibid*) ».*

¹²⁹ CE, 25 Nov. 1983, Donzel, req.N°40597

¹³⁰ « *Art 3 – Les collectivités territoriales sont associées à la mise en œuvre de la politique nationale du tourisme. Elles conduisent, dans le cadre de leurs compétence propres et de façon coordonnées, des politiques dans le domaine du tourisme* »

¹³¹ « *Des aides pour le tourisme en montagne* » in *Aménagement et Montagne* Nov- Dec 1997 p 24 : « *Pour le tourisme montagnard en région PACA , les aides européennes sont généralement mises au service d'une des procédures du contrat plan Etat/Région : les contrats d'objectifs. Il s'agit de pour une quinzaine de sites sélectionnés de définir, sur le moyen terme, un projet global de station impliquant l'ensemble des ses partenaires touristiques. Une démarche qui a permis aux acteurs de Super Dévoluy/la Joue du Loup d'envisager un programme d'actions de près de 60 MF sur 5 ans . On y trouve de l'enneigement artificiel (18.5 MF)... Pour Jean-Marie Bernard, président de la communauté de communes du Dévolu : sans ce sacré coup de pouce, nous ne serions peut être pas parvenus à convaincre notre concessionnaire d'investir 13.5 MF dans l'amélioration de son parc de remontées mécaniques ».*

plus souvent de l'initiative publique.¹³³

Un récent rapport parlementaire sur les zones de montagne en France, plaide pour mettre en place des zones franches de montagne sur les modèles de ce qui existe en la matière dans les milieux urbains pour soutenir l'activité économique et lutter contre la désertification des massifs¹³⁴. Ainsi, l'aide au développement de la Montagne, et en particulier des remontées mécaniques, constitue bien un service d'intérêt économique général au sens du droit communautaire.

C'est dans ce cadre de développement territorial et de cohésion sociale que les entreprises publiques locales de remontées mécaniques ont un avenir dans l'Union Européenne ; et à ce titre, les régies d'exploitations des domaines skiables.

La Cour de Justice des Communautés Européennes dans un jugement récent du 24 Juillet 2003 - C 280/00 *Altmark Magdeburg*, reconnaît la légitimité du financement public pour les entreprises investies localement d'une mission d'intérêt général, en l'espèce de transport de personnes, sans que cela constitue pour autant une aide soumise à déclaration communautaire.

Là n'est cependant pas vraiment la nouveauté, mais plutôt dans l'extension par la Cour du bénéfice de cette mesure à une entreprise dont le choix par l'autorité publique n'a pas été précédé de mise en concurrence.

Néanmoins, la compensation accordée sous forme de subvention doit être fixée par rapport au critère de rentabilité d'une entreprise moyenne du secteur dans une situation comparable¹³⁵.

Cette décision, prise à l'encontre des conclusions de l'Avocat Général M. Philippe Leger, s'inscrit dans la continuité à la fois de l'Arrêt *Ferring*¹³⁶ et des conclusions de l'Avocat Général M. Jacobs dans l'Affaire *GEMO*¹³⁷ favorables à une conception compensatrice, en vertu de laquelle le financement public des services d'intérêt

¹³² « Service public touristique local et aménagement du territoire », L'Harmattan 2001 p11.

¹³³ Ouvrage précité p29 : « *La quasi totalité des expériences relevées en Europe occidentale montre que l'organisation touristique n'est jamais devenue une activité relevant pleinement du secteur privé* ».

¹³⁴ Commission des affaires économique de l'Assemblée nationale sous la direction de François Brottes.Marie Christine Martineau : « Un rapport plaide pour le développement des zones de montagne » in La Gazette des C-D-R du 28/07/2003 p 14.

¹³⁵ Arrêt CJCE, 24 Juillet 2003, affaire C 280/00 *Almark Magdeburg*, in MTP du 22/08/2003 p 230 : « Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligation de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi qu'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations" ».

¹³⁶ CJCE 22 Novembre 2001 – C 53/00, Rec p 9067

¹³⁷ conclusion présentée le 30 Avril 2002, affaire C 126/01 pendante devant la Cour

économique général ne constitue pas une aide au sens du droit communautaire dans la mesure où les avantages financiers conférés par les autorités publiques n'excèdent pas le coût engendré par les obligations de service public imposées à l'opérateur.

De plus, cet arrêt dispense de la procédure de notification préalable à la Commission ces aides publiques dite de compensation. Certains s'en réjouissent : « *dans l'optique d'une simplification des procédures et d'une plus grande liberté des communes pour organiser la mise en œuvre de leurs services publics* »¹³⁸ alors que d'autres estiment que l'absence de notification préalable peut à terme se révéler une source d'insécurité juridique¹³⁹. Dans la mesure où l'arrêt définit clairement les conditions pour échapper à la qualification d'aide publique, cette dernière crainte ne semble pas fondée.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le sens d'une lente évolution du droit communautaire en faveur de la reconnaissance de la spécificité des services publics.

Initialement, le Traité de Rome a entendu à la fois considérer sur un pied d'égalité les entreprises relevant des secteurs privé ou public¹⁴⁰, mais aussi prévoir par son article 90 (devenu 86) une possibilité de déroger aux règles d'égalité de concurrence pour certains opérateurs exerçant une activité d'intérêt économique général¹⁴¹ sous réserve de ne pas porter atteinte à l'intérêt supérieur de la Communauté soit l'unité du marché unique.

Cependant, par l'interprétation de ces clauses par le juge communautaire, l'assimilation de l'entreprise publique à entreprise commerciale est devenue rapidement source de « discrimination » en ne reconnaissant pas sa spécificité¹⁴².

Depuis les années 1990, la Cour de Justice de la Communauté Economique a incliné sa jurisprudence vers une reconnaissance graduelle des activités de service public d'abord avec l'arrêt *Corbeau* du 19 Mai 1993¹⁴³ se rapportant au monopole postal belge, puis avec l'arrêt *Almelo* du 27 avril 1994 relatif à un monopole local de distribution électrique en Hollande¹⁴⁴; mais toutes les ambiguïtés n'ont pas été levées pour autant concernant la spécificité de l'entreprise publique.

§2) La problématique particulière des entreprises publiques

¹³⁸ Bulletin Flash-info N° 5/2003 de l'Association Française du Conseil des Communes et Régions d'Europe (AFCCRE).

¹³⁹ Stéphane Rodrigues note sous Arrêt Altmark, in AJDA du 29/09/2003 p 1741.

¹⁴⁰ L'article 222 du traité de la CEE : « *ne préjuge en rien de la propriété dans les Etats membres* »

¹⁴¹ Ces entreprises ne sont soumises aux règles de la concurrence que : « *dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

¹⁴² M. Debène, « Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion », AJDA 1992, p 243.

¹⁴³ CJCE aff C-320/91, Rec CJCE I 2533, AJDA 1993 p 865

¹⁴⁴ in AJDA 1994 p 637.

Comme l'indique Bernard THIRY ¹⁴⁵, la spécificité de l'entreprise publique réside avant tout comme « *instrument des pouvoirs publics pour la prise en compte de l'intérêt général* ».

C'est également ce qu'affirme très justement l'étude de Dexia, la finalité de l'entreprise publique locale ¹⁴⁶ ne poursuit pas un objectif de développement de l'entreprise pour elle-même en priorité, même si cette préoccupation n'est pas absente de son fonctionnement, mais vise au contraire le développement de son territoire ¹⁴⁷.

J.P Colson ¹⁴⁸ résume les fonctions de l'entreprise publique en trois points : une activités de production (de nature purement commerciale relevant de la poursuite d'une finalité propre à l'entreprise) , éventuellement l'exercice d'une mission de service public (dans ce cas, les grandes règles qui constituent la raison d'être d'une telle mission doivent être respectées : continuité, adaptation et égalité) et le respect des contraintes d'intérêt général pour toutes (ces contraintes doivent être distinguées des obligations spécifiques de service public et sont nombreuses : aménagement du territoire, développement ou maintien d'une filière industrielle , soutien à l'emploi, au tissu industriel des PME et PMI , etc).

Le recours à une entreprise publique constitue ainsi un moyen d'intervention au niveau macro-économique pour le développement d'un territoire et en particulier au moyen de l'activité des remontées mécaniques. En effet, si l'actionnaire est « *une sorte de Roi qui privilégie nécessairement le court terme* » ¹⁴⁹, les élus locaux n'ont par contre pas une recherche exclusive de profit, mais une meilleure logique de prise en compte d'objectifs de développement durable en matière d'infrastructure, de créations d'emplois directs et indirects .

Les effets macro-économiques sur l'aménagement du territoire ne sont pas négligeables puisqu'il est communément admis en matière touristique que le chiffre d'affaires des remontées mécaniques génère localement un chiffre d'affaires des commerces de proximité (hôtels, restaurants, magasins de sport, moniteurs de ski....) de l'ordre de 50 % de son montant.

Les effets induits sur l'économie locale sont tels que la Compagnie des Alpes, entreprise mondiale leader dans l'exploitation des domaines skiables, essaye dans sa stratégie d'implantation en Suisse de diversifier son activité principale de gestion des

¹⁴⁵ Ouvrage précité Edition PEDONE p.10.

¹⁴⁶ quelle que soit son statut de droit public ou de société commerciale mixte

¹⁴⁷ Ouvrage précité p 43 :« *Contrairement à toute entreprise privée, le principe qui sous-tend la création d'une entreprise publique locale par une collectivité locale vise au développement de son territoire et non au développement de l'entreprise pour elle-même* ».

¹⁴⁸ Droit Public Economique LGDJ avril 2001 p 111

¹⁴⁹ Armand Bizaguet intervention dans le cadre du colloque du 12 Novembre 2001 organisé par la section turque du CEEP et portant sur le thème : « *les Entreprises Publiques et d'intérêt économique général dans l'Union Européenne. Leur évolution et leur avenir* ».

remontées mécaniques pour conforter son équilibre financier en investissant dans la sphère commerciale périphérique telle que restaurants d'altitude, hôtels ou magasins de sports¹⁵⁰.

L'avenir de la Régie comme mode d'exploitation des services publics à caractère industriel et commercial est intrinsèquement lié à l'avenir des entreprises publiques locales dans le cadre communautaire d'une manière générale.

Poser la question de l'avenir des entreprises publiques il y a une dizaine d'années, aurait appelé systématiquement une réponse négative de fait du mouvement de privatisation en cours dans les différents pays européens sous l'influence des théories économiques libérales.

Au vu des résultats de ces politiques de privatisation¹⁵¹ et des actions engagées par différents acteurs de l'économie publique pour défendre la notion organique du service public, la réponse aujourd'hui est plus nuancée.

Si le droit communautaire se caractérise par un principe de neutralité à l'égard de la nature juridique de l'entité économique, quelle soit de statut public ou privé, il encadre par contre fortement toute pratique pouvant porter atteinte à la libre concurrence érigée en principe d'intérêt général communautaire car constituant le fondement du marché unique européen.

Ainsi, l'ordre juridique communautaire influence fortement la capacité des entreprises publiques à poursuivre leur fonction instrumentale au service de l'intérêt général¹⁵².

Cependant, comme l'a rappelé récemment le président de la commission européenne Romano Prodi¹⁵³ :

« avant tout, nous n'exigeons pas – nous ne pouvons pas exiger (article 295 du traité) et surtout, nous ne voulons pas – la privatisation des entreprises publiques ».

Le droit communautaire avec sa règle de neutralité à l'égard des entreprises publiques ou privées ne fait pas obstacle en principe au libre choix du mode de gestion des services

¹⁵⁰ « Un hiver suisse à deux vitesses ? Managers et administrateurs au défi », Aménagement et Montagne Mai 2003 p. 28.

¹⁵¹ Bernard Cassen, « Feu sur les entreprises publiques en Europe », Le Monde Diplomatique Novembre 2002 : « *Deuxième facteur défavorable : partout dans le monde le bilan des privatisations se révèle très négatif pour les usagers. On citera seulement ici quelques exemples : imposition de l'état d'urgence en Californie à l'été 2000 pour faire face à la pénurie d'électricité provoquée par les mesures de déréglementation ; augmentation brutale des factures d'eau et de téléphone, et parfois dégradation du service dans les pays d'Amérique latine qui s'étaient remis entre les mains de Vivendi, de la Telefonica espagnole ou de France Télécom. ; en douze ans, hausse de 36% en termes réels, du prix de l'eau en Grande-Bretagne ; bond de 60% du prix de timbre en Suède après libéralisation du secteur postal ; chaos du trafic et catastrophes en série (plus de 60 morts) depuis la privatisation de British Rail, etc. » .*

¹⁵² Bernard Thiry ouvrage précité édition PEDONE p.14.

¹⁵³ lors d'une conférence portant sur le thème « *services publics : un rôle pour l'Europe, une voie de convergence* » à l'Université Paris Dauphine le 18 octobre 2002. archives AMF

publics locaux¹⁵⁴, sauf directives sectorielles en sens contraire.

Malgré cette déclaration de principe, le rapport du parlement français du 9 juillet 2003 sur ce Livre Vert estime que subsiste un flou juridique en matière de gestion des services publics locaux¹⁵⁵ et demande en conséquence que le principe de libre administration des collectivités locales soit mieux affirmé en la matière.

En mai 2004, la Commission européenne a publié un Livre Blanc sur les services d'intérêt généraux, dans lequel elle s'en tient à une approche sectorielle et repousse à plus tard l'adoption d'une directive cadre pouvant être adoptée dans le cadre du futur traité constitutionnel¹⁵⁶.

§3) Absence de remise en cause de la régie dans le cadre d'une réglementation sectorielle sur les remontées mécaniques

La commission de Bruxelles a adopté en juillet 2000 un projet de règlement sur « *les exigences de service public et la conclusion de contrat de service public dans les transports de voyageurs* »¹⁵⁷ par chemin de fer, par route et par voie navigable soit en dehors du champ d'application des remontées mécaniques.

L'objectif de la Commission à travers ce nouveau règlement est de mieux assurer une interconnexion des réseaux de transports de voyageurs dans ces secteurs d'intérêt communautaire.

Ce texte ne mentionnait pas initialement la possibilité d'exploiter sous forme de régie¹⁵⁸ les transports de voyageurs mais uniquement un régime de contrats de service public. Si ce texte avait été adopté en l'état, il aurait porté atteinte au principe du libre choix de gestion des services publics.

C'est pourquoi des groupes de pression provenant des associations professionnelles des régies de transport concernées¹⁵⁹ et des usagers sont intervenus pour défendre la liberté d'exploitation en régie.

¹⁵⁴ in Rapport Public du Conseil d'Etat 2002, « Collectivités publiques et concurrences », la documentation française p 252 : « *Le droit communautaire laisse les Etats libres de créer des services d'intérêt économique général et de les confier, à leur convenance, à des personnes publiques ou à des personnes privées* ».

¹⁵⁵ in Gazette des C-D-R du 8/09/2003, cahier détaché p294 : « *A cet égard, il conviendrait de réaffirmer le principe de libre administration des collectivités territoriales. La Conséquence directe de ce principe est que les collectivités territoriales puissent choisir entre différents modes pour l'exécution des compétences qui leur sont reconnues (gestion directe, ou par une entreprise publique, mixte ou privée), ce qui exclut nullement les procédures de transparences et de mise en concurrence* ».

¹⁵⁶ AJDA 17 mai 2004, p 16.

¹⁵⁷ JOCE 151 E du 25/6/2002 p 146

¹⁵⁸ B. Gelbmann-Ziv : « Cadre juridique et institutionnel du transport de voyageurs », édition CELSE 2^{ème} trimestre 2001, p95 : « *Un autre problème posé par ce règlement concerne la possibilité ou non d'exploiter un service de transport sous forme de régie, car les régies ne sont pas prises en compte en compte dans le projet...* ».

Face aux critiques, les députés du Parlement Européen ont amendé le 14 Novembre 2001 la proposition de règlement de la Commission pour réintroduire la possibilité pour les autorités publiques d'exploiter elle même un service de transport de personnes au travers d'une entreprise publique sans mise en concurrence préalable selon le concept de l'auto – production.

L'obligation de recourir au seul contrat de service public après mise en concurrence, porterait atteinte non seulement au principe de libre administration des collectivités territoriales , mais également au principe de réversibilité des choix assurant aux délégants la possibilité de modifier le mode d'exploitation à l'échéance du contrat de délégation .

De plus, sur le plan de l'efficience, instaurer un monopole en faveur de la gestion déléguée est très critiquable . A cet égard, la FNCCR fait valoir à juste titre que la régie est un élément essentiel de stimulation de la concurrence ¹⁶⁰ si l'on ne veut pas assurer la domination d' oligarchies économiques au détriment des collectivités délégantes et des usagers.

Pendant, la Commission rejette fondamentalement l'idée qu'un monopole puisse être attribué pour gérer un service public par le recours soit à une régie, soit par une entreprise dont le choix n'aura pas été précédé d'une mise en concurrence.

Aussi, elle a présenté le 21 Février 2001 un projet de règlement rectifié. Celui-ci évolue sur deux points majeurs au regard du principe général de la concurrence : d'une part, en acceptant des attributions de marché sans mise en concurrence dans certains secteurs et sous conditions, et d'autre part en autorisant l'auto-production pour les opérateurs locaux du secteur public.

En ce qui concerne la dévolution directe de certains marchés dont la problématique juridique est différente de l'auto-production, la commission a limité cette possibilité : à tous les petits contrats de service public d'une valeur annuelle inférieure à 3 millions d'Euros , et à certains contrats concernant l'exploitation de métros ou de tramways.

Toutefois, les dérogations communautaires pour les petits contrats sont assorties des procédures d'encadrement connues aujourd'hui sous l'expression de « *mécanisme de gestion directe challengée* » ¹⁶¹ .

Par comparaison avec le droit interne, ces disposition au regard de la concurrence sont beaucoup moins exigeantes que celles de la Loi SAPIN de 1993. Aussi, la France fait

¹⁵⁹ Notamment les organisations suivantes : - **U.T.P.** : Union des Transports Publics - **GART** : Groupement des Autorités Responsables des Transports - **AGIR** : Association pour la Gestion Indépendante des Réseaux - **FNCCR** : Fédération Nationale des Collectivités Concédantes et Régies

¹⁶⁰ site Internet FNCCR : « *Livre vert sur les services d'intérêt général – observations et propositions de la FNCCR* ».

¹⁶¹ et qui consistent selon Thomas Avanzata, in « Analyse Générale de la proposition de règlement communautaire sur les exigences de service public dans le secteur des transports », site Internet TUP. : « dans des obligations de publicité et de motivation, au moins un an à l'avance (article 7 bis et1) ; - dans l'ouverture d'une possibilité pour tout opérateur de proposer un projet alternatif dans les six mois qui suivent cette publicité ; - dans l'ouverture d'une obligation pour l'autorité compétente de contrôler périodiquement l'efficacité et les performances des services attribués directement ».

figure en Europe « *d'exemple en matière d'ouverture à la concurrence pour l'exploitation des services publics locaux de nature marchande* »¹⁶².

Pour ce qui concerne l'auto-production, c'est à dire le mode d'exploitation en régie, la Commission dans l'exposé des motifs du règlement modifié « *reconnait qu'en règle générale, la législation communautaire laisse les Etats membres libres de décider s'ils souhaitent assurer eux-mêmes les services publics directement ou indirectement (via d'autres entités publiques) ou s'ils préfèrent confier cette charge à des tiers* ».

C'est pourquoi, elle se rallie finalement au principe de liberté quant au choix du recours à l'auto-production dans les secteurs de transport de voyageurs mais sans l'assortir d'un monopole d'exploitation, sauf pendant une phase transitoire pour respecter les acquis en ce domaine. Ceci signifie qu'à terme, d'autres opérateurs privés peuvent librement offrir en parallèles des services supplémentaires commercialement rentables aux habitants locaux.

Si par contre, la collectivité veut associer l'exploitation en régie du droit exclusif sur le réseau, sa décision relèverait alors de la réglementation concernant la dévolution des marchés directs. A delà du seuil annuel de 3 millions d'Euros, cela exigerait que la Régie de transports se soumette à la procédure de mise en concurrence du contrat de service public et obtienne le marché.

Cette obligation ne constituerait pas au demeurant un obstacle juridique insurmontable puisqu'en France, les SEM locales sont déjà soumises à cette procédure.

Par contre, cette disposition est de nature dans certaines circonstances à porter atteinte au mécanisme financier de compensation entre les activités rentables et non rentables au sein de l'exploitation d'un service public et dont l'attribution du monopole a précisément pour objet d'assurer l'équilibre financier de la prestation.

Cette notion de compensation dont le bien fondé a été reconnu par l'arrêt *Corbeaudu* 19 mai 1993 de la CJCE¹⁶³, est interne à l'exploitation du service et se distingue en conséquence de l'aide financière extérieure apportée par l'autorité publique à l'opérateur à titre d'indemnisation des obligations d'exploitation mise à sa charge.

Cette clause restrictive excluant, sauf dérogations limitées, le monopole de l'auto-production conduit l'association AGIR à revendiquer la liberté non conditionnée des choix dans les modes de gestion et à rejeter par la même toutes dispositions qui y portent atteinte.

Par ailleurs, le règlement rend obligatoire la conclusion d'un contrat de service public pour toute indemnisation financière de charges liées au respect des exigences de service

¹⁶² Hugues Vérité, « Droit français et européen des services publics. Services d'intérêt économique général entre concurrence et cohésion sociale », in MTP du 12/09/2003 p74.

¹⁶³ Cité par J.P Colson, ouvrage précité p49 « Dans cette affaire, la Cour reconnaît même que : La mission impartie à l'entreprise d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et dès lors une limitation de la concurrence ...au niveau des secteurs économiquement rentables ».

public ou pour l'octroi de droits exclusifs d'exploitation (par exemple, en dessous du seuil annuel de 3 millions d'euros)..

Cette exigence de contractualisation pour bénéficier d'aides publiques ne devrait pas en principe modifier les règles de fonctionnement de l'auto-production sachant que , dans la pratique, de nombreuses collectivités ont déjà conclu des conventions d'objectifs en interne avec leurs services ¹⁶⁴ ou avec leurs régies au titre des « *bonnes pratiques* » managériales selon l'expression du droit communautaire.

Il est à noter que le projet de règlement prévoit que cette indemnisation peut inclure un bénéfice raisonnable pour l'opérateur, conforté sur ce point par la très récente jurisprudence précitée *Altmark* qui conforte une nette évolution de la CJCE à l'égard des aides attribuées en faveur des services publics d'intérêt général.

A part cette exception concernant les réseaux d'intérêts communautaires, « le Livre Vert » sur les services d'intérêt général réaffirme qu'il « *incombe aux autorités publiques de décider de fournir ces services directement via leur propre leur propre administration ou de les confier à un tiers (organisme public ou privé)* » ¹⁶⁵ . Il n'y donc pas une volonté communautaire de remise en cause générale du principe de l'auto-production.

Quant bien même ce règlement serait étendu aux remontées mécaniques, il ne signifierait pas pour autant la fin des régies pour les motifs suivants.

D'une part, le principe de non exclusivité ne constitue pas un obstacle au mode d'exploitation en Régie. En effet, certaines communes ont sur leur territoire deux domaines skiables, exploitées par des opérateurs différents. Cela dépend de la configuration des montagnes et de l'historique de la station.

D'autre part et plus fondamentalement , le projet de règlement prévoit que pour l'exploitation du métro ou du Tramway l'allocation d'un monopole d'exploitation sans mise en concurrence est possible « *si l'attribution directe entraîne une utilisation plus rationnelle des fonds publics ou des éléments d'actif financés au moyen de ressources publiques* » ¹⁶⁶ .

Cette clause instaure en matière d'exploitation de métro ou de tramway la faculté de recourir sans restriction au mode de gestion en régie en raison des investissements réalisés directement par l'autorité publique.

Cette dérogation doit s'analyser au regard de la philosophie générale du projet de

¹⁶⁴ L.C.T. du 15 Septembre 2003 - p. 54 , à propos des contrats d'objectifs conclus récemment en interne par le Conseil Général du VAR : « *la démarche repose sur la signature officielle de trente contrats d'objectifs qui associent la direction générale des services à l'ensemble des directions et ce pratiquement sur tous les champs d'activités de la collectivité départementale. Quatre axes stratégiques servent de cadre à cet exercice : - anticipation dans l'action publique, - innovation - démarche d'excellence - optimisation et mutualisation des moyens Des critères d'évaluation dynamiques ont été négociés pour chaque contrat. Ils autorisent l'évolution même du projet en fonction des résultats et du niveau de satisfaction enregistré par les usagers. Pour chaque contrat, un calendrier a été élaboré* » .

¹⁶⁵ énoncé N° 79.

¹⁶⁶ Exposé des motifs du projet rectifié de règlement par la Commission en date du 21/2/2002.

règlement dont l'objet est d'instituer une libre circulation entre les réseaux d'intérêt communautaire.

Or le métro ou le tramway n'ont qu'une vocation locale de transport et en aucun cas ne peuvent constituer un maillage de dimension européenne.

La dérogation instituée en faveur des régies de métro ou de tramway est transposable aux remontées mécaniques pour les mêmes raisons de ressources publiques et de sectorisation locale.

TITRE II – LA REGIE FACE AUX AUTRES MODES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANQUES (LE SERVICE DELEGUE)

La faculté juridique de recourir au mode d'exploitation en régies pour gérer les domaines skiables ne suffit pas pour légitimer ce choix, encore faut-il que ce procédé d'exploitation présente un intérêt pour les collectivités locales supports de stations de ski.

En compétition face à la délégation de service public, le recours à la régie se justifie tant pour des raisons juridiques (Chapitre 1) que pour des arguments de gestion (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA REGIE UN STATUT ADAPTE POUR L'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANQUES

Le recours au mode de gestion en régie présente des avantages en terme de statut juridique qui est à la fois protecteur pour la collectivité organisatrice du service (Section I), mais aussi adapté aux exigences de coopération entre collectivités (Section II) et ne faisant pas obstacle à une extension de son activité (Section III).

Enfin, il évite à la collectivité exploitante les difficultés de la délégation de service public (Section IV).

SECTION I – UN STATUT PROTECTEUR DES INTERETS DE LA COLLECTIVITE ORGANISATRICE

§1. Un instrument juridique facile à mettre en œuvre

Le code Général des Collectivités Territoriales avec son article L 2221-1 pose le principe de la liberté du choix du mode d'exploitation des services publics industriel et commercial en ces termes : « *Les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter **directement** des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial...* » ; dispositions confortées par ailleurs par l'article L 2221-3 du même code :

« Les conseils municipaux déterminent les services dont ils se proposent d'assurer l'exploitation en régie et arrêtent les dispositions qui doivent figurer dans le règlement intérieur de ces services ».

Dans son principe le choix du mode d'exploitation constitue une décision d'opportunité de la part de l'autorité locale et donc insusceptible de recours ¹⁶⁷ ; devant uniquement respecter les règles particulières régissant la création ou la suppression du service lorsque celles-ci existent.

C'est même l'expression du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales fondé sur le 1^{er} article de la loi N°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et régions ¹⁶⁸ .

Ce principe interdit à une collectivité territoriale d'exercer directement ou indirectement une tutelle sur une autre collectivité publique notamment en imposant un mode de gestion plutôt qu'un autre.

En effet, loi du 7 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, en son article 3 dispose que « *les décisions prises par les collectivités locales d'accorder ou de refuser une aide financière à une autre collectivité locale ne peuvent avoir pour effet l'établissement ou l'exercice d'une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur celle-ci* ».

C'est pourquoi, la Cour Administrative de Bordeaux a cru pouvoir sanctionner un Conseil Général dans la mesure où il majorait les subventions aux régies d'eau et d'assainissement ¹⁶⁹ .

En cassation, le Conseil d'Etat a réformé cet arrêt estimant que les conditions de l'exercice d'une tutelle n'étaient pas réunies ¹⁷⁰ et que la modulation du régime des aides n'était que l'expression par le département de son pouvoir d'attribution des concours financiers ¹⁷¹ .

Dans sa décision, la Haute Assemblée prend la peine de préciser que la modulation des aides est somme toute relative et de ce fait n'entrave pas la liberté du choix du mode d'exploitation ¹⁷² ; ce qui fait dire aux auteurs de la chronique précitée :

¹⁶⁷ Juris-Classeur Coll. Territ. Fasc 740 , rub. N° 47 : « *On notera que le juge administratif refuse d'exercer son contrôle, estimant qu'il s'agit d'une question d'opportunité et non de la légalité, sur le point de savoir si, pour la gestion d'un service public donné et dans l'hypothèse où l'organe délibérant de la collectivité a le choix entre plusieurs modes de gestion possibles, la régie personnalisée est mieux adaptée qu'un tel autre mode de gestion (CE, 18 mars 1988, Loupias c/Cne Montreuil-Bellay : Juris-Data N° 1988-042170 ; Rec. CE, tables p.668 – 10 janv. 1992, Assoc. Des usagers de l'eau de Peyreleau : Rec. Ce , p13 ; Dr. Adm. 1992, comm. N° 76, 79, 81). On relève dans ces arrêts l'affirmation selon laquelle, le Conseil d'Etat , statuant au contentieux, n'a pas à se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration lorsqu'elle choisit ou écarte, dans les limites des pouvoirs que les textes lui reconnaissent, un mode de gestion pour un service public donné ».*

¹⁶⁸ « *les communes, départements et régions s'administrent librement par des conseils élus* ».

¹⁶⁹ CAA Bordeaux 31 mai 2001, Département des Landes, Req N° 97BX00803. AJDA 2001 P 957.

¹⁷⁰ CE 12 décembre 2003, Département des Landes , N° 236442. AJDA 2 février 2004 p.198 : « *Elle n'a pas subordonné l'attribution de ces aides à une procédure d'autorisation ou de contrôle* ».

« le juge est donc conduit à s'interroger au cas par cas sur le point de savoir si un dispositif d'intervention financière conduit à supprimer toute autonomie de décision pour celui qui en bénéficie ».

En conséquence de quoi, un système de concours financiers privant le bénéficiaire de la liberté du choix du mode d'exploitation de son service public local serait illégal.

La même règle s'imposerait à l'égard d'une collectivité territoriale qui aurait des dispositions discriminatoire à l'égard du mode d'exploitation en régie . Telle semble être la situation dans laquelle le département des Hautes-Alpes veut obliger la commune de St Chaffrey à renoncer à exploiter son domaine en régie , en transférant sa compétence en la matière à structure intercommunale pour unifier le domaine de Serre-Chevalier dans l'optique d'en faciliter la gestion déléguée comme la presse s'en est faite l'écho :

« le conseil général a voté une caution d'emprunt de 1 575 000 d'euros (soit plus de 10 MF) au bénéfice de la régie communale des remontées mécaniques de Saint Chaffrey.... Cette fois, cependant, le département ne se lâchera pas des deux mains. L'octroi de la garantie est, en effet, subordonnée à l'adhésion de la commune de Saint-Chaffrey à la structure intercommunale responsable du domaine skiable de la vallée »¹⁷³ .

Antérieurement, sous l'emprise de la loi du 19 Juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local dite « T.P.I.L. », l'article 3 subordonnait la création et la suppression d'un service de transport public à la prise « d'une délibération portant sur l'intérêt économique et social du projet, sur sa cohérence avec les documents d'aménagement et d'urbanisme et sur les modalités techniques, administratives et financières de l'opération », de sorte que faute d'avoir délibéré sur les points énumérés, la délibération du conseil municipal d'Orcières Merlette décidant la dissolution de la Régie Personnalisée d'exploitation des remontées mécaniques a été annulée par le Conseil d'Etat¹⁷⁴ .

La Loi N° 85-30 du 9 1985 relative au développement et à la protection de la Montagne dite loi «Montagne», n'impose aucun examen préalable au choix du mode de gestion du service des remontées mécaniques alors que par ailleurs, elle prescrit des règles techniques préalables à l'exécution des travaux et à la mise en exploitation. Elle simplifie donc l'adoption de la délibération institutive de la régie.

L'article 14¹⁷⁵ de la loi d'orientation des transports intérieurs n° 82-1153 du 30 Décembre 1982 dite « L.O.T.I. » , sans imposer un formalisme au niveau de la

¹⁷¹ MM F. Donnat et D. Casas, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2 Février 2004 , P 198 : « Mais, écartant ces arguments, la décision prend le soin de préciser que le choix par le conseil général d'un tel critère s'est fait dans l'exercice de son pouvoir de détermination des modalités du régime d'aides auquel il avait décidé d'affecter une part des ressources de son budget ».

¹⁷² Ibid : « en retenant une modulation des subventions d'une amplitude égale à 10% du coût des travaux et en fixant le taux le plus élevé des aides à 40% de ce coût, la délibération attaquée n'est pas de nature à entraver la liberté de choix du mode de gestion de leur réseau par les collectivités bénéficiaires... » .

¹⁷³ « Saint-Chaffrey prend ses précautions », *Dauphiné Libéré* du 19/7/2003, édition des Hautes Alpes.

¹⁷⁴ C.E. 30 Septembre 1988, Cne d'Orcières Merlette, Req. N° 71577.

délibération décisionnelle, énonce seulement, des principes généraux gouvernant l'aménagement d'infrastructures et d'équipements notamment : « *l'efficacité économique et sociale de l'opération ... les coûts économiques et sociaux dont ceux des atteintes à l'environnement.* » .

Selon les dispositions du code général des collectivités locales, la délibération créant la Régie fixe les *statuts*¹⁷⁶ (ou *règlement intérieur* du service¹⁷⁷) en fonction du choix opéré entre Régie Personnalisée ou Régie Autonome.

Dans ces conditions, la procédure juridique de création d'une régie n'est pas du tout complexe et ne nécessite pas de recourir à une procédure de mise en concurrence par rapport à la gestion déléguée . Sa simplicité de mise en œuvre constitue une sécurité juridique pour la collectivité de rattachement¹⁷⁸ .

Pour mémoire, le mode de gestion en régie directe ne nécessite pas d'approuver des statuts puisqu'il n'existe pas de différenciation de gestion par rapport à la collectivité de rattachement. N'ayant pas de statuts, les régies directes ne disposent pas en conséquence d'organes délibérants et exécutifs propres à la gestion du service.

§2. Un statut dont l'adoption ne nécessite pas présentement une mise en concurrence préalable.

Actuellement, une collectivité locale peut recourir au mode de gestion en régie pour l'exploitation de ses remontées mécaniques sans devoir se soumettre à une procédure préalable de mise en concurrence.

Toutefois, les professionnels du secteur privé de gestion des domaines skiables souhaiteraient modifier cette situation.

C'est ainsi que le 23 Septembre 2003, le Président de l'Association Nationale des Maires des Stations de montagne a ratifié la « *Charte des Services Publics Locaux* » en présence du Président de l'Institut de la Gestion Déléguée¹⁷⁹ .

Cette Charte¹⁸⁰ officiellement signée le 16 janvier 2002 sous le parrainage du Président du Sénat et en présence d'un représentant du Ministère de l'Intérieur avec le concours d'associations d'élus locaux¹⁸¹ et de l'Institut de la Gestion Déléguée, préconise

¹⁷⁵ Applicable en vertu de l'article 45 de la loi « Montagne »

¹⁷⁶ art. R 2221-1 du CGCT

¹⁷⁷ art. L 2221-3 du CGCT

¹⁷⁸ in « Place et rôle des régies communales et intercommunales – enquêtes auprès des collectivités locales », CETUR Mars 1991 p 8 :« *Or il est plus facile de créer une régie que de démarrer une exploitation là où la demande est faible ; il est peut être aussi moins impérieux d'arrêter une régie , car la sanction économique est moins forte* ».

¹⁷⁹ in « l'Echo des cimes N° 1 – Novembre /Décembre 2003 – bulletin interne de l'ANMSM.

¹⁸⁰ source site Internet de l'Institut de la Gestion déléguée ww.fondation.cgd.org.

la mise en œuvre de paramètres techniques, financiers, économiques qui seraient communs entre le mode d'exploitation en régie et la gestion déléguée afin d'éclairer le choix des décideurs locaux entre ces deux formules d'exploitation¹⁸².

Cette recommandation s'inspire de la législation britannique sur la gestion des services publics locaux qui oblige à procéder à une comparaison entre modes d'exploitation entre régie et gestion déléguée.

A l'origine connue sous le signe de C.C.T. (Compulsory Competitive Tendering), l'obligation initiale de mise en concurrence n'a pas eu l'effet escompté d'ouverture des services publics locaux au secteur privé¹⁸³.

Certains y verront la manifestation d'un phénomène de protectionnisme en faveur de

¹⁸¹ Association des Maires de France, Assemblée des départements de France, Associations des régions de France

¹⁸² En ce sens, E. Amblard in « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux – Elargir les choix pour améliorer la performance », Cahier détaché de la Gazette des C-D-R du 6 Octobre 2003. : « *la mise en œuvre libre et éclairée du choix par une comparaison objective de la performance des modes de gestion. Cela implique une harmonisation préalable des modes de formation des coûts (redevances d'occupation domaniale, provisions, etc..)* ».

¹⁸³ P. Cossalter et B. du Marais « la Private Finance Initiative », Institut de la gestion déléguée, Mars 2001 p. 24 à 26 : « *Une loi de 1980 imposait déjà aux collectivités locales une mise en concurrence de leurs services internes (Direct Labour Organisations D.L.O.) avec des entreprises privées pour la construction et la maintenance des immeubles et des autoroutes, la distribution d'eau et l'évacuation des eaux usées notamment. La loi sur le gouvernement local de 1988 (Local Government Act 1988) a introduit le principe du Compulsory Competitive Tendering (CCT) (mise en concurrence obligatoire) en étendant l'obligation de mise en concurrence à un certain nombre d'autres services, comme le nettoyage, les cantines, la collecte des déchets, la réparation et la maintenance des véhicules. Les autorités concernées par la mise en concurrence n'étaient plus les DLO de la loi de 1980 mais des DSO : Direct Service Organisation, dont la définition était plus large. Ces obligations de mise en concurrence comprenaient notamment : la publication de l'offre dans au moins un journal local et un journal économique, la mise en concurrence d'au moins trois entreprises plus le service en régie, éviter les comportements ayant pour effet de restreindre, distordre ou empêcher la concurrence, Mais, et là réside le point essentiel, ces obligations de mise en concurrence ne s'appliquait que si l'administration comptait confier le contrat à une organisation interne. Le CCT ne s'appliquait pas lorsque les candidats étaient tous issus du secteur privé. Le CCT n'est donc pas tant un régime de mise en concurrence de la passation des contrats de l'administration qu'un mode de mise en concurrence avec l'administration. La durée des contrats variait de trois à dix ans, en vertu des multiples textes d'application pris pour chaque secteur. Le respect des obligations du CCT n'était pas sanctionné par un possible recours juridictionnel, mais par une possible « mise sous tutelle » de la part du ministre compétent. Après l'envoi d'une notification demandant à l'autorité de justifier un éventuel manquement aux obligations de mise en concurrence, le ministre pouvait retirer à l'autorité locale la gestion de l'activité concernée, ou la soumettre à conditions. En 1995, huit « mises sous tutelle » ont été prononcées. Cette sanction était elle – même susceptible de recours juridictionnel. Mais aucun n'a , à ce jour, abouti . La loi de 1988 n'eut pas l'effet escompté d'ouverture des services publics locaux au secteur privé. L'Audit Commission donne plusieurs raisons à cet insuccès, dû principalement à la réticence du secteur privé : les marges de profit semblaient trop faibles, car l'administration mettait l'accent sur les coûts plutôt que sur les bénéfices, la faible durée des contrats, qui ne permettait pas de rentabiliser suffisamment les investissements, de mauvaises performances auraient apporté une mauvaise publicité préjudiciable à d'autres activités des opérateurs, les cocontractants n'avaient pas les compétences nécessaires en management ou en gestion du capital, - le risque de discrimination en faveur des services en régie, qui pouvait entraîner la perte des coûts de préparation des offres ».*

la Régie tandis que d'autres constateront à juste titre, la capacité de l'entreprise publique à relever le défi de la performance. C'est ainsi que cette compétition s'est terminée dans 70 % des cas favorablement au mode d'exploitation en Régie¹⁸⁴.

Le système du CCT a été remplacé avec une loi sur l'Administration locale promulguée le 27 Juillet 1999¹⁸⁵ par la notion de « **meilleure utilisation des fonds publics** » (« *Best Value* » ou « *Value for money* ») qui s'appuie sur un outil économique de comparaisons entre secteur public et privé, dénommé « *Public Sector Comparator* » (PSC). Il s'agit d'une technique d'aide à la décision fondée sur une étude comparative des modes potentiels de gestion.

A l'heure actuelle, la législation française n'impose pas ce type de comparatif préalable au choix du mode de gestion ; et il ne semblerait pas non plus que le droit communautaire s'y oriente de façon systématique comme étudié précédemment.

§3. Un Statut échappant aux règles de droit commun des sociétés.

Le statut public confère une protection en échappant au règle de droit commun sur les sociétés notamment vis à vis de l'extérieur .

La procédure sur la liquidation judiciaire n'est pas applicable aux personnes publiques¹⁸⁶ et en conséquence aux régies.

Leurs biens sont insaisissables par voies d'exécution forcée car il existe des voies d'exécution administratives dont l'inscription d'office et la procédure de paiement sous astreinte¹⁸⁷.

Si l'immunité des personnes publiques ne leur fait pas esquiver leurs dettes , par contre ce principe général du droit leur permet d'accomplir leurs obligations dans des conditions plus protectrices pour leur patrimoine.

¹⁸⁴ P.D. Muller , chercheur associé à l'Institut Economique de Montréal, in « Jusqu'à maintenant le Québec n'a presque pas fait appel au partenariat public – privé », article paru dans le Journal Canadien « la Presse » du Mardi 16 septembre 2003 : « *Dans le domaine des services municipaux, l'expérience anglaise du Compulsory Competitive Tendering (CCT) montre que les services soumis à la concurrence ont vu leur productivité augmenter en moyenne de près de 25 % et leurs coûts par unité, diminuer de plus de 10 %. Toutefois, plus de 70 % des appels d'offres lancés par les municipalités anglaises ont été remportés par leurs unités syndiquées. Ce n'est donc pas tant l'impartition en soi que le recours aux appels d'offres – avec ce que cela entraîne en termes de recherche de productivités par les soumissionnaires – qui a permis de réduire le coût des services municipaux* » .

¹⁸⁵ Local Government Act 1999.

¹⁸⁶ M. Bazex in « Vers les nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ? » in AJDA 1990 p 659 : « *Pour le moment, le droit positif ne remet pas en cause la condition originale de l'entreprise publique. La chose est évidente pour celle placée sous le statut d'établissement public , car la personnalité publique permet le jeu de toute une série de protections, à l'intérieur de l'entreprise comme vis-à-vis de l'extérieur, dans le but d'assurer la sauvegarde des intérêts de la collectivité. Il est à peine besoin de rappeler que les textes sur la liquidation judiciaire ne sont pas applicables aux établissements publics, et que la jurisprudence a déclaré leurs biens insaisissables même lorsqu'ils exercent une activité industrielle et commerciale (C. Cass. 21 déc. 1987, BRGM, CJEG 1998,p107 note Laurent Richer)* ».

§4. Une représentation majoritaire de la collectivité de rattachement au sein de l'instance délibérative de la Régie garante de l'intérêt général

La sur-représentation des élus au sein du conseil d'administration de la régie personnalisée ou du conseil d'exploitation de la régie autonome, garantit au bénéfice de la collectivité « mère » une maîtrise de la politique à moyen et long terme de la gestion du domaine skiable par sa régie d'exploitation.

Cette organisation relevant d'un pouvoir de nature organique ¹⁸⁸, permet effectivement un contrôle suivi des missions dévolues à la régie et de leurs exécutions ainsi que de la situation financière.

Les intérêts communs de la régie et de la collectivité de rattachement facilitent une exploitation au mieux de l'intérêt général, sans risque de conflits d'intérêts juridiques et économiques par rapport à une situation de gestion déléguée. Une relation privilégiée unit de la sorte la collectivité à sa régie.

SECTION II – UN INSTRUMENT JURIDIQUE SOUPLE , APPLICABLE EN CAS DE COOPERATION ENTRE COLLECTIVITES PUBLIQUES

§1.- La Régie des établissements publics de coopération

Pour coopérer en matière de domaine skiable, les personnes publiques peuvent transférer leur compétence à des simples établissements intercommunaux de coopération, ou des Syndicats mixtes comprenant la participation du département.

C'est l'organisme de coopération qui devient l'autorité organisatrice du service public ; et il revient ensuite à cette entité de définir le mode d'exploitation soit en Régie, soit en gestion déléguée.

A) Les Régies de coopération intercommunale

La Régie Intercommunale résulte du rattachement à un établissement de coopération intercommunal dont l'**objet** est selon le cas :

¹⁸⁷ Rapport public du Conseil d'Etat 2002 précité p.270 : « Il ne saurait toutefois être admis que les personnes publiques puissent ne pas honorer leurs dettes. A l'égard des collectivités locales et des établissements publics, la procédure d'inscription d'office a été admise depuis longtemps, même sans texte (CE 20Nov. 1908, Chambre de commerces de Rennes, Rec p941 ; S ; 1910.3.12, note Hauriou ; 27 mai 109 ; Delalande, p533,S.1911.3.165). En outre, la loi du 16 juillet 1980 a permis au Conseil d'Etat de prononcer des astreintes contre une autorité administrative en cas d'inexécution d'une décision d'une juridiction administrative et à tout justiciable d'obtenir effectivement les sommes d'argent qu'une personne publique a été condamné à lui payer. Ainsi, si les voies d'exécution de droit commun restent exclues contre les personnes publiques, celles-ci sont néanmoins soumises à des procédures particulières qui aboutissent à l'exécution de leurs obligations pécuniaires ».

¹⁸⁸ A. Delion ouvrage précité p36 : « Un pouvoir prépondérant organique est un pouvoir exercé au sein des organes mêmes de l'entreprise en vertu de la loi ou de son propre statut, et non par des interventions externes ou des voies contractuelles » .

- **Soit uniquement consacré à la gestion du domaine skiable** . C'est un **SIVU** (Syndicat Intercommunal à Vocation Unique). *Par exemple*, le SIVU « Embrun - Les Orres » gérant la station des ORRES (05) avec une régie autonome dénommée « la REGORE ».
- **Soit multiple mais incluant la gestion du domaine skiable**. Selon la structure juridique, cela peut être **un SIVOM** (Syndicat Intercommunal à Vocation Multiple) regroupant un ensemble de communes. *Par exemple*, le SIVOM des Saisies (73) gérant avec une Régie Personnalisée des Remontées mécaniques, les domaines skiables des communes du canton ; ou **une COMMUNAUTE DE COMMUNES** . *Par exemple*, la Régie Personnalisée des Remontées Mécaniques du Queyras (05) dépendant de la communauté de communes et gérant les domaines skiables de l'ensemble des communes du canton du Queyras ¹⁸⁹ .

Les Régies Autonomes intercommunales sont susceptibles de bénéficier des dispositions de simplifications organisationnelles concernant la composition du conseil d'administration sur le fondement :

- des articles L 2221-13 ¹⁹⁰ et R 2221-66 ¹⁹¹ se rapportant exclusivement aux SIVU ;
 - et/ou de l'article R 2221-65 ¹⁹² relatif aux collectivités ou regroupements intercommunaux intérieurs au sein de populations de 3 500 habitants.
- ¹⁸⁹ La Communauté de communes du Queyras a été substituée à la population de 3 500 habitants antérieurement en matière de gestion du domaine skiable. Depuis la saison hivernale 2003/2004, la gestion des domaines skiables a été détachée de la Communauté de Communes pour être attribuée à un nouveau syndicat mixte regroupant l'ensemble des communes du canton et le département.

¹⁹⁰ **B) La coopération avec le Département au moyen d'un Syndicat Mixte**
 « Lorsque les règles sont d'ordre intercommunal, elles peuvent être exploitées... 2° Soit sous la direction d'un syndicat formé par les communes intéressées. Si ce syndicat est constitué exclusivement en vue de l'exploitation d'un service administratif ou commercial, les communes peuvent demander que l'administration du syndicat se confonde avec celle de la régie. Dans ce cas, l'acte institutif du syndicat peut apporter des modifications aux règles d'administration fixées par le chapitre II du titre Ier du livre II de la cinquième partie » ¹⁹⁴

¹⁹¹ « Lorsqu'il est fait application des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 2221-13 le comité du syndicat de communes est élargi à des personnes extérieures pour exercer les attributions du conseil d'exploitation, les membres du comité syndical devant détenir plus de la moitié des sièges de celui-ci. Le comité règle... ».

C'est ainsi que le Département des Alpes Maritimes a constitué en 1995 un Syndicat Mixte avec la Commune de Isolà pour exploiter la station d'Isola 2000 en régie dénommée « Régie Isolà ». ¹⁹²
 « Dans les communes ou groupements de communes de moins de 3 500 habitants, le conseil d'administration peut être le conseil municipal. Dans ce cas, l'assistance du conseil d'exploitation peut être assurée par le maire ou par l'un de ses membres, désigné par le maire à cet effet ».

¹⁹³ Toutefois, depuis Décembre 2002 ¹⁹⁵, le Syndicat Mixte s'est élargi aux stations complété par « la loi Barnier du 2 février 1995 (qui) a ouvert aux départements la faculté de rester autorité organisatrice du service des remontées mécaniques » C.R.C Rhône-Alpes Cne de Chamrousse 18/07/2000

¹⁹⁴ Cette structure doit comprendre au moins une collectivité territoriale (Commune, Département ou Région) ou un Groupement de ces collectivités.

¹⁹⁵ In « France Tourisme » N° 79 Décembre 2002 p10.

d'Auron et Saint Dalmas Le Selvage ; et la gestion de cet ensemble a été déléguée à une Société d'Economie Mixte. Néanmoins, un établissement public industriel et commercial financé avec le concours du Conseil Général prend en charge la promotion des 3 stations. Selon ce nouveau montage juridique, a été dissociée la gestion du domaine skiable de sa promotion commerciale laquelle reste en régie.

Dans la mesure où la Région s'est vu attribuer la compétence en matière de développement économique et d'aménagement du territoire depuis les lois de décentralisation de 1982, il semble que sur ce fondement institutionnel une Région pourrait également adhérer à un syndicat mixte en complément de l'adhésion du Département¹⁹⁶.

C) . Les conséquences juridiques du transfert de compétence à un établissement de coopération.

1- LES CONSÉQUENCES AU REGARD DE L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE TRANSFÉRÉE

A l'occasion de litiges nés de l'intercommunalité, la jurisprudence administrative a dégagé le principe juridique selon lequel le transfert de compétence vaut dessaisissement de la part de la commune transférante. Cette dernière a ainsi plus vocation à intervenir dans le domaine transféré. Il ne lui reste plus qu'à recouvrir éventuellement sa compétence en se retirant de l'établissement de coopération¹⁹⁷.

C'est ainsi que la Cour des Comptes a relevé que suite au transfert de la compétence de création et de gestion des remontées mécaniques au district du Queyras par les communes membres, l'une d'entre elles continuait malgré tout et à tort, de réaliser des dépenses d'équipement en faveur du domaine skiable situé sur son territoire communal.

¹⁹⁸

Selon une réponse ministérielle¹⁹⁹, le transfert de compétence en matière d'équipements structurants à une Communauté de Communes ne peut être limité au seul investissement ; la Commune se réservant dans cette hypothèse l'exploitation. En effet,

¹⁹⁶ Bien que n'intervenant pas dans le domaine des remontées mécaniques, le syndicat mixte du parc naturel régional du Haut-Jura est néanmoins un exemple de coopération entre collectivités territoriales puisque cet établissement public regroupe : 2 régions (Rhône-Alpes , Franche-Comté), 3 départements (l'Ain, le Jura, le Doubs) et de nombreuses communes. Sources : CRC Franche-Comté SMPNRHJ 13/12/2001.

¹⁹⁷ En ce sens MM. Michel Degoffe et Jean-David Dreyfus « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », AJDA 2001 p 807.

¹⁹⁸ Rapport Public 2001 de la Cour des Comptes page 819. « Or, dans le Queyras, le transfert de la compétence de création et de gestion des remontées mécaniques et des domaines skiables à un district, n'a pas empêché les communes de continuer à agir directement dans ce secteur. Ainsi, une des communes membres du district continuait en 1996, soit 7 ans après la création du district, de réaliser des dépenses d'investissement (équipement d'enneigement artificiel ou achat de neige de culture) et de fonctionnement (location d'un canon à neige) »

¹⁹⁹ réponse ministérielle JOAN 4 Novembre 2002 p 4052 .

cela viendrait à supprimer la logique d'intégration sous-jacente au concept de coopération intercommunale.

2- CONSÉQUENCES EN TERME DE RESPONSABILITÉ ET DE POUVOIR DE POLICE

Il est une règle jurisprudentielle selon laquelle le transfert de compétence s'accompagne effectivement du transfert de responsabilité envers l'établissement public de coopération pour l'exercice de la compétence transférée²⁰⁰.

Ainsi, appliquée au domaine skiable, une commune ne pourra plus être recherchée en responsabilité en qualité d'exploitante des remontées mécaniques si elle a transféré la compétence remontées mécaniques et pistes à syndicat (intercommunal ou mixte) ou à une communauté de communes.

Par contre, en cas de conservation de la compétence pistes, sa responsabilité pourra être recherchée en cas d'accident car celui-ci peut provenir des aspérités de la piste dépassant ce qui est normalement admis.

C'est pourquoi en matière de responsabilité pénale, une collectivité exploitant en régie un domaine skiable pourra voir sa mise en cause pénale assignée dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales²⁰¹.

Le transfert de responsabilité en tant qu'autorité organisatrice du service public laisse néanmoins subsister la responsabilité du Maire au titre de ses pouvoirs de police sur son territoire communal, comme le rappelle le guide méthodologique relatif au cadre juridique des arrêtés de police municipale concernant les sports d'hiver édité par le Conseil Supérieur des Sports de Montagne²⁰²; et cela quelque soit le mode d'exploitation des remontées mécaniques²⁰³. En effet, il est un principe administratif selon lequel un Maire ne peut pas déléguer l'exercice de prérogatives de puissance publique.

C'est pourquoi pour le fonctionnement des services de secours sur pistes, chaque commune membre de l'établissement de coopération intercommunale reste compétente pour organiser ce service public ; ce qui ne l'empêche pas de contractualiser la mise en

²⁰⁰ En ce sens, CE. 4/02/1976 – Communauté Urbaine de Lille c/ Compagnie générale des Industries textiles, AJDA 1976 P 312

²⁰¹ M. Kaczmarek in « Les collectivités locales et la gestion du domaine skiable », Gazette des C-D-R du 9 février 2004, p60 : « *Le juge précise que le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L 2212-2 du CGCT, n'exclut pas la responsabilité de la commune exploitant son domaine skiable en régie. Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui a relâché une commune poursuivie pour homicides et blessures involontaires, à la suite d'une avalanche ayant enseveli des skieurs, au motif que la fermeture de la piste de ski relevait du pouvoir de police qui ne pouvait faire l'objet, de la part du maire, d'une délégation de service public (Crim, 14 mars 2001, « Leyssens et autres », N° 99-82871) ».*

²⁰² « *la création d'un syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement d'une station de sports d'hiver ne décharge pas les maires concernés de leur pouvoir de police* ». C.Cass, ch. crim. 30 septembres 1998, cts Antunes » p 56/57.

²⁰³ Guide méthodologique CSSM précité. P56 : « *Quelles que soient les modalités d'organisation de ces services, gestion en régie ou gestion dans le cadre d'une convention conclue conformément à l'article 42 de la loi Montagne, la police municipale relève du maire et de lui seul* ».

œuvre des moyens matériels de secours avec l'exploitant du domaine skiable conformément à la circulaire du ministère de l'Intérieur du 4 décembre 1990 relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond. L'existence de ces conventions de distribution de secours ne font pas disparaître l'obligation légale pour les maires de ces communes de veiller au bon fonctionnement du service de sécurité des pistes²⁰⁴.

Par ailleurs, en cas d'accident, le Maire de la Commune mise en cause par la victime peut appeler en garantie l'exploitant du domaine skiable, si la cause de l'accident provient du comportement de ce dernier en tant que gestionnaire, comme le précise l'ouvrage du CERNA : « Neige et sécurité : de la passion au droit ».²⁰⁵

3- CONSÉQUENCE EN TERME DE SUBSTITUTION DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS DANS LE DOMAINE DE LA COMPÉTENCE TRANSFÉRÉE

En application des dispositions du CGCT²⁰⁶, l'établissement de coopération intercommunal est substitué de plein droit aux communes membres dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes se rapportant aux compétences transférées.

En ce qui concerne les contrats, la substitution n'entraîne aucun droit à résiliation ou indemnisation des cocontractants. Ainsi, les contrats continuent d'être exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance. Les communes sont seulement tenues d'informer leurs cocontractants de cette substitution.

S'agissant d'une disposition législative ne prévoyant aucune exception à ce principe de substitution, celui-ci s'applique à la dette se rattachant à la compétence transférée dont le débiteur devient l'établissement public de coopération. Dans la pratique, certaines banques n'ont pas accepté cette substitution de cocontractant liée au transfert de compétence en matière de remontées mécaniques.²⁰⁷

D). La coopération inter-collectivités publiques est à distinguer du

²⁰⁴ En ce sens Guide méthodologique CSSM précité. P57

²⁰⁵ in dans l'ouvrage précité du CERNA p. 16 : « Rien n'interdit toutefois à des collectivités publiques de passer des conventions pour l'aménagement et l'entretien des pistes. Le juge administratif examine, dans le cadre de l'appel en garantie, les conséquences des fautes contractuelles qui peuvent avoir été commises par ces collectivités : - considérant qu'en vertu d'une convention passée entre d'une part, le département du Cantal et, d'autre part, les communes de Laveissières, Saint-Jacques des Blas et Albeypierre, la régie départementale non personnalisée de la station du Lioran étaient chargées de l'aménagement et de l'entretien des pistes ; qu'en mettant en place, au bord de la piste dont il s'agit, une barrière de piquets de bois pointus qui présentait un caractère dangereux, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la régie départementale a commis une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles. C.E. 6/10/1987. Fossard c/Cne d'Albierre-Bredons. Req N° 53533 et 70882 ».

²⁰⁶ notamment Art. L 1321-1 et s, Art L 5211-5 et L 5211-17 pour un EPIC, Art L 5721-6-1 pour un Syndicat

²⁰⁷ CRC PACA District du Queyras 7/01/2000 : « Chaque commune a gardé les emprunts qu'elle a contractés pour investir dans les remontées mécaniques, elle continue de rembourser son prêteur, mais le district reverse à la commune un montant équivalent à son annuité...les banquiers se sont opposés à la substitution d'emprunteur ».

conventionnement entre personnes publiques

A titre d'exemple , la Commune de Laruns s'est engagée dans une coopération avec le Département des Pyrénées Atlantiques , en lui remettant l'entretien des pistes de ski alpin de sa station d'Artouste pour gestion par la régie départementale E.P.S.A ²⁰⁸ . Pour ce faire, les parties ont eu recours à un contrat administratif du fait qu'elles n'ont pas constitué en commun un Syndicat Mixte. Ce contrat a été conclu initialement en 1981 et prolongé en 1988.

Toutefois, sous l'effet du droit communautaire, le droit interne d'abord avec la Loi dite « Sapin » de 1993 relative aux délégations de service public , puis avec le nouveau code des marchés publics résultant du décret N° 2001-210 du 7 mars 2001 ²⁰⁹ , puis du décret N° 2004- 15 du 7 Janvier 2004 (J.O du 8/01/2004) , est venu limiter la liberté contractuelle des personnes publiques d'une manière générale.

Au regard de la théorie communautaire des contrats, l'exploitation d'un service public industriel et commercial sous forme de régie personnalisée (et à fortiori pour la régie autonome non dotée de la personnalité morale) , s'analyse bien pour l'autorité organisatrice des remontées mécaniques comme étant des prestations réalisées avec ses propres services et pour son compte exclusivement ; rejoignant ainsi la définition de la théorie du contrat « in house » dégagée par l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes *Teckal SRL* – 18/11/1999. Aff.C-107/98 ²¹⁰ .

La loi N° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « SAPIN », instituant des procédures pour l'attribution des délégation de services publics et codifiée à l'article L 1411-1 et suivants, a d'ailleurs intégré cette exception au principe de mise en concurrence par la prise en compte des situations d'exclusivité dans les relations contractuelles ²¹¹ . Il en est de même avec le nouveau code des marchés publics ²¹² .

²⁰⁸ C.R.C. Pyrénées Atlantiques 12 /09/2002 EPSA ISESTE.

²⁰⁹ L'article 1 dudit code assujettit les personnes publiques à sa sphère d'application

²¹⁰ Cyrille Emery : « Intercommunalité et contrats entre personnes publiques », AJDA 2000, p 592 : « *La Cour de Justice des Communautés européennes a précisé dans son arrêt Teckal précité que, lorsque l'organisme satellite d'un pouvoir adjudicateur était doté de la personnalité morale, il y avait application des directives pour les contrats entrant dans le champ d'application de celles-ci, sauf si le pouvoir adjudicateur dispose sur cet organisme d'un pouvoir de direction et de contrôle identique à celui dont il dispose sur ses propres services, et s'il réalise l'essentiel de ses prestations avec le pouvoir adjudicateur qui le dirige* » .

²¹¹ Selon les dispositions de l'article L 1411-12 du CGCT , ladite loi ne s'applique pas : « a) Lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ; b) Lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ; »

²¹² Instruction ministérielle du 8 août 2001 pour l'application du code des marchés publics :« *La rédaction du 1° de l'article 3 traduit la jurisprudence communautaire récente (Cour de justice des communautés européennes, 18 novembre 1999, Teckal). Le 1° de l'article 3 vise à exclure de l'application du code les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclu par une personne publique avec une entité qui peut être regardée comme son prolongement administratif* ».

Il en va tout autrement lorsque les autorités organisatrices mutualisent leurs moyens en concluant entre elles des conventions de services et de moyens pour l'exercice de leurs compétences sur le fondement soit de l'article L 5111-1 du CGCT, soit de leur compétence générale à passer des contrats. En effet, au moins une des parties au contrat, n'intervient plus pour son propre compte mais pour l'activité de son cocontractant et cette situation déroge ainsi à la théorie du contrat « in house ».

Dans un premier temps, c'est la jurisprudence administrative ²¹³ qui a rappelé l'obligation du respect des règles de mise en concurrence lorsque les seuils sont atteints au titre du droit communautaire.

Dans un second temps, à l'aune de la rédaction du nouveau code des marchés publics ²¹⁴, les prestations de services entre collectivités publiques sont désormais soumises au respect des règles édictées par ce code.

Ainsi, avec la contractualisation entre personnes publiques, nous passons d'une logique de coopération à celle de pouvoirs adjudicateurs intervenant dans un champ concurrentiel soit au titre de la réglementation sur les délégation de service public, soit au titre du code des marchés publics ²¹⁵.

Toutefois, en application de l'article 46 de loi du 27 Février 2002 dite « Démocratie de proximité » ²¹⁶, il existe une exception au principe de la soumission au règle de la concurrence des contrats passés entre personnes publics lorsque ce conventionnement est nécessaire pour mettre en œuvre une compétence partagée dans le cadre de l'intercommunalité.

En effet, ce qui distingue l'intercommunalité de la « coopération horizontale » entre collectivités, c'est la notion de transfert de compétence comme le précisent F.Raynaud et P. Fombeur ²¹⁷ à l'occasion d'un commentaire sur la jurisprudence Piémont de Barr.

En l'espèce, la communauté de communes du Piémont de Barr, adhérente au syndicat mixte S.E.A.D (service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin), lors de la même séance par deux délibérations distinctes, avait repris en régie la gestion du service d'assainissement d'une part et d'autre part, avait confié la gestion de ce service au S.E.A.D. Dans la mesure où la gestion du réseau d'assainissement ne constituait pas une compétence obligatoire mais facultative du S.E.A.D., il ne pouvait y avoir transfert de

²¹³ CE 20 mai 1998, ReqN° 188239, Communauté de communes du Piémont de Barr. AJDA 1998 P632.

²¹⁴ Décret du 7 mars 2001 auquel s'est substitué le décret du 7 janvier 2004.

²¹⁵ M B.Faure : « le droit administratif des collectivités locales et la concurrence », AJDA 2001, p.136 : « *En dépit de leur nature et de la justification tirée à servir l'intérêt général, les administrations publiques s'analysent comme des opérateurs économiques justiciables de la police du marché* ».

²¹⁶ En ce sens « *Intercommunalité : une nouvelle donne pour organiser les transferts* », P. Schmitt in Le Courrier des Maires, Mai 2002, Fiches pratiques VI et s.

²¹⁷ Chronique de jurisprudence in AJDA 1998.P553 à propos de C.E. 20/05/1998, C.C du Piémont de Barr req N° 188239.

compétence.

La notion de transfert de compétence a pour conséquence, au regard du droit communautaire, d'attribuer l'exercice d'un droit exclusif²¹⁸ à la personne publique s'ayant vu donner la compétence.

Or, l'article 6 de la directive communautaire N° 92/50 dite « services » dispense les pouvoirs adjudicateurs de l'obligation de mise en concurrence lorsqu'il s'agit de marchés attribués à une entité qui elle-même un pouvoir adjudicateur, sur la base d'un droit exclusif.

C'est pourquoi, l'article L 5211-4-1 du CGCT introduit par l'article 46 précité de la loi « Démocratie de proximité » dispense de mise en concurrence à l'occasion de la passation d'une convention de services et de moyens, lorsqu'un service est « économiquement et fonctionnellement nécessaire à la mise en œuvre conjointe de compétences relevant tant de l'établissement public que des communes membres ». Dans cette hypothèse, « le droit exclusif » est partagé (ou commun) entre les personnes publiques.

A l'inverse, la simple coopération horizontale ne constitue qu'une coordination des moyens et services entre collectivités et ne saurait devenir un nouveau service public comme l'a jugé la jurisprudence administrative.²¹⁹ Appliqué aux remontées mécaniques, ce principe jurisprudentiel signifie que la contractualisation entre personnes publiques, au lieu et place de la création d'un établissement public de coopération, ne saurait créer une nouvelle autorité organisatrice en matière de gestion de domaines skiables. Cela se conçoit aisément, car la conventionnement ne suffit pas en principe à créer une nouvelle personne publique²²⁰ et à fortiori, à lui conférer des compétences.

La contractualisation sans être une convention de prestations de services inter-collectivités publiques, peut également être une convention de coordination d'actions entre des domaines interconnectés²²¹ ; par exemple en matière de tarification commune

²¹⁸ Chronique de jurisprudence précitée. F.Raynaud et P.Fombeur, in AJDA 1998 P553 : « *En l'espèce, si l'assainissement avait figuré au titre de compétences obligatoires transférées par les communes membres au syndicat mixte, la réserve des droits exclusifs aurait trouvé à s'appliquer, car il y aurait bien eu l'attribution d'un droit exclusif au syndicat mixte par une disposition publiée, en l'occurrence l'arrêté préfectoral instituant le syndicat* ».

²¹⁹ CAA Marseille 21 janvier 1999, Département des Pyrénées-Orientales, in RGCT mars-avril 1999 p 155

²²⁰ Par exception, les G.I.P.F. Benoit-Rohmer : « L'avenir des groupements d'intérêt public : invitation à une réforme législative », AJDA 1992 P99 : « *On trouve à l'origine du groupement d'intérêt public, sur le modèle de ce qui existe en droit privé pour les groupements d'intérêt économique, une convention constitutive dont le contenu est déterminé par les parties* ».

²²¹ CRCA Rhône-Alpes 14/04/1999 Cne de Villard de Lans : « *Les domaines de ski alpin de Villard-de-Lans et de Corrençon-en-VERCORS sont interconnectés. Dans un tel cas et sauf si un groupement des communes intéressées a été constitué, ce qui reste facultatif, ni la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, ni celle du 9 janvier 1985, relative au développement et à la protection de la montagne, ne comportent de disposition particulière, chaque commune restant autorité organisatrice sur son territoire. Néanmoins, il est de bonne gestion que les communes mettent en œuvre entre elles un minimum de concertation* ».

pour accéder au domaine de ski mis en commun . Dans ce cas, la passation d'une telle convention n'est pas assujettie aux dispositions du code des marchés publics, ni à celles de la loi « SAPIN » sur les délégation. de service public.

§2- La Régie Départementale

Il ne s'agit pas d'une coopération fondée sur le droit commun en vigueur c'est à dire le transfert de compétence, mais de propriété. Ce mode de gestion est antérieur à la loi « Montagne » du 9 janvier 1985 dont l'article 46 laisse subsister les régies départementales.

C'est la situation de l'Etablissement Public des stations d'altitude (E.P.S.A.)²²² qui est un Etablissement Public exploitant les remontées mécaniques et les pistes des stations de Gourette et de La Pierre Saint Martin. Celles – ci sont la propriété du Département des Pyrénées Atlantiques. Ce fut la situation jusqu'à encore très récemment, de la régie départementale de la Savoie gérant la station de Courchevel avec le succès internationalement connu²²³ .

La régie départementale n'est pas obligatoirement dotée de la personnalité morale. Elle peut également n'être qu'une régie autonome comme ce fut le cas de la régie départementale du Cantal gérant la station du Lioran²²⁴ .

L'exploitation en régie départementale laisse subsister le pouvoir de police du maire territorialement compétent dans des conditions identiques à la situation découlant de la création d'établissements de coopération regroupant des collectivités publics , comme évoqué précédemment.

L'article 59 de la loi du 2 février 1995 dite « Barnier » a introduit un paragraphe supplémentaire à l'article 46 de la loi Montagne , autorisant le département a confier par convention la gestion du service départemental des régies de remontées mécaniques aux communes ou à leurs groupements. Ce qui fut appliqué pendant un temps entre le département de l'Isère et la commune de Chamrousse.

SECTION III – UN STATUT JURIDIQUE NE FAISANT PAS OBSTACLE AU DEVELOPPEMENT DE L'ACTIVITE DE LA REGIE

§1. – Un statut compatible avec l'intervention de la Régie pour le compte de tiers

L'hypothèse d'une Régie délégataire d'une autre collectivité publique est tout à fait plausible juridiquement²²⁵ mais de surcroît envisagée même par l'article L 2221-13 du CGCT²²⁶ .

²²² C.R.C. Pyrénées Atlantiques 12 /09/2002 EPSA ISESTE

²²³ S3V devenue une SEM départementale

²²⁴ C.E. 6/10/1987, Fossard c/Cne d'Albierre-Bredons, Req N° 53533 et 70882 .

C'est d'ailleurs , la situation de la régie départementale des sports d'hiver du Haut-Jura qui a conclu des contrats de gérance avec les communes de Bellefontaine, Les Mousselières et Longchaumois ²²⁷ . De même, la Chambre Régionale des Comptes a invité la régie départementale des Remontées mécaniques dénommée EPSA à régulariser l'exploitation de la station d'ARTOUSTE en devenant délégataire de la Commune de LARUNS ²²⁸ .

Toutefois, le respect des règles du CGCT (art. L. 1411 –1 et s) issues de la « Loi SAPIN » concernant la procédure de passation de convention de délégation de services publics, s'imposent pleinement aux régies comme candidates à la délégation de services publics y compris en matière de gestion de domaines skiables. Il en va de même du respect des règles de procédure du code des marchés publics en matière de dévolution des marchés de prestations de service dont relève désormais le contrat de gérance. ²²⁹

Pour valablement se porter candidate, la Régie devra respecter le principe de spécialité de son action à laquelle elle est tenue. C'est pourquoi ses statuts devront prévoir impérativement qu'elle puisse intervenir comme concessionnaire ou exploitante pour le compte de collectivités territoriales en matière de gestion des domaines skiables.

Le principe de spécialité est entendu souplesment ²³⁰ mais néanmoins, son respect n'est pas seulement formel . Selon J.M Peyrical la candidature d'une régie doit s'apprécier concrètement par l'intérêt qu'elle retire à gérer le service public d'une autre entité publique au regard de sa compétence institutionnelle. ²³¹ Cet argument plaide en faveur de la

²²⁵ Eric Delacour , Gazette des C-D-R N° 1435 du 5/01/1998 p.27 : « *la possibilité pour une régie (quelque soit sa forme) d'une collectivité locale ou un groupement de collectivités locales, d'être délégataire d'une autre collectivité publique, a été reconnue après certaines hésitations par les pouvoirs publics* » .

²²⁶ : « Lorsque les régies sont d'intérêt intercommunal, elles peuvent être exploitées : 1° Soit sous la direction d'une commune agissant, vis-à-vis des autres communes, comme concessionnaire ;».

²²⁷ CRC Franche-Comté 24/06/1998 , régie départementale des sports d'hiver du Haut-Jura .

²²⁸ CRC Pyrénées Atlantiques 12 Septembre 2002 EPSA ISESTE : « *Il est indispensable qu'une action similaire soit entreprise pour la station d'ARTOUSTE et qu'une convention conforme aux dispositions de la Loi Montagne soit signée entre l'EPSA et la Commune de Laruns* » .

²²⁹ C.E 7 avril 1999, Cne de Guilhaumand-Granges, req N°156008 , AJDA 1999 p517

²³⁰ A. Treppoz :, « Délégation de service public » , AJDA 2001 p. 662 :« *L'établissement peut exercer des missions complémentaires présentant un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de la mission Principale (Avis – section Travaux CE 15 Juillet 1992 relatif à la RATP, EDCE 1992, n° 44, p.435 ; Avis CE 7 Juillet 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF, RFDA 1994, p.1156)* » .

²³¹ J.M. Peyrical : « Les contrats de prestation entre collectivités publiques » ,AJDA 2000.P 581 : « *Quel peut être l'intérêt pour une commune de gérer le service public d'une autre commune ? Il est tout de même paradoxal qu'une collectivité délégataire soit amenée à utiliser des moyens financiers, humains et techniques importants en vue de satisfaire les besoins d'une population qui n'est pas la sienne* » .

création d'une régie à vocation départementale des sports d'hiver qui aurait ainsi un intérêt au développement touristique sur l'ensemble de son territoire²³².

Néanmoins, J.P. COLSON relève que le principe de spécialité n'a pas valeur constitutionnelle²³³ et qu'il constitue le pendant de la liberté du commerce et de l'industrie²³⁴ en ayant pour objectif de limiter les possibilités de diversification économique des établissements publics à caractère industriel et commercial. Ce principe est évidemment discriminatoire par rapport à la liberté de diversification de l'entreprise commerciale ou même de l'entreprise publique sous forme d'actionariat.

Or, cette règle édictée par le droit interne se trouve confrontée au principe communautaire de « neutralité » qui favorise une égale concurrence entre les opérateurs publics et privés²³⁵, ce qui hypothèque son avenir.

Un autre critère auquel doit répondre un délégataire à l'exploitation d'un service public, est sa capacité financière. A cet égard, une régie même personnalisée ne dispose pas de la possibilité de faire appel aux ressources de ses actionnaires comme le ferait une société privée²³⁶. Cet élément est de nature à écarter une régie d'une candidature lui laissant à sa charge les investissements à réaliser, comme dans le cas d'une concession de travaux et d'exploitation sauf dans l'hypothèse où la régie candidate à l'assise financière suffisante comme par exemple une régie départementale. Par contre, le

²³² Par un jugement du 21 Nov 2002, C.G.E C/Cne de St Michel, le Tribunal Administratif d'Amiens a toutefois estimé que l'extension des missions d'un syndicat de communes au delà de sa sphère territoriale institutive n'était pas contraire au principe de spécialité ; cité par MM L. Richer, P-A Jeanneney et N.Charbit, in « études d' actualités du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 19 janvier 2004, p.73.

²³³ in Droit Public Economique L.G.D.J. Avril 2001- P.71 :« *Elément constitutif de la théorie des personnes morales, le principe de spécialité n'a reçu, à ce jour, aucune consécration constitutionnelle, bien qu'il soit constamment évoqué depuis plus d'un siècle* »..

²³⁴ J.P. Colson - ouvrage précité p. 65 : « *Pierre Delvolve, prenant acte de la montée en puissance de la liberté d'entreprendre, estime désormais que celle-ci englobe la liberté du commerce et de l'industrie et non l'inverse. Cette approche est intéressante si l'on veut bien considérer que, alors que la liberté d'entreprendre concerne à priori tous les acteurs économiques, la liberté du commerce et de l'industrie n'est le plus souvent évoquée que de façon asymétrique, pour limiter les possibilités d'entreprise de la puissance publique. A ce titre, elle date en effet un peu et constitue plus au mieux, qu'un aspect un peu vieillot de la liberté d'entreprendre, tout comme le principe de spécialité, qui limite les possibilités de diversification des activités économiques des établissements publics* ».

²³⁵ J.P. Colson - ouvrage précité p.71 :« *Mais il faut immédiatement souligner que le droit communautaire s'oppose certainement à ce qu'une éventuelle consécration nationale de ce principe aboutisse à une limitation à priori de la liberté des seuls opérateurs publics. Le droit communautaire consacre la liberté de la concurrence et à travers elle, l'égalité entre les opérateurs publics et privés dans l'accès au marché et non pas la liberté du commerce et de l'industrie, dans l'acceptation volontiers restrictive du droit positif national* ».

²³⁶ J.M Peyrical, article précité : « *De même, en cas de difficulté financière liée à l'exécution du service, une régie financière autonome ne peut compter sur des ressources propres ou, à l'instar des entreprises, sur ses actionnaires pour y faire face. Et, dans le cas de la gestion des services publics industriels et commerciaux, les régies en question ne peuvent qu'exceptionnellement se faire aider par le budget de la collectivité dont elles relèvent ...* ».

risque financier est beaucoup moindre en cas d'exploitation limitée uniquement au fonctionnement comme en matière d'affermage. Et le risque financier est quasi-inexistant en cas de recours à un marché public de gestion avec la gérance.

La candidature d'une régie comme délégataire d'une autre entité publique, s'insère dans un courant plus global de banalisation des activités économiques des personnes publiques avec celles des personnes privées sous l'effet du droit communautaire dont le principe de neutralité interdit toute discrimination entre les opérateurs fondée sur leur statut public ou privé²³⁷.

De ce fait, le principe du respect de la Liberté du Commerce et de l'Industrie qui initialement interdisait au secteur public de concurrencer les activités privées, s'est transformé pour ne conserver que l'interdiction de fausser le jeu normal du marché. Pour cela, il faut que les opérateurs publics ou privés intervenant sur un marché soient dans une situation d'égale concurrence.

C'est pourquoi, l'offre de la personne publique est tout à fait recevable²³⁸ à condition de prendre en compte l'ensemble des coûts directs et indirects sans user des avantages découlant par ailleurs des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public²³⁹.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs confirmé la validité du code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 en tant qu'il permet d'attribuer des marchés publics à des personnes publiques²⁴⁰.

Dans la mesure où les Régies des remontées mécaniques relèvent d'une activité industrielle et commerciale, leur gestion est soumise aux conditions de charges sociales, fiscales et d'amortissement de droit commun. C'est pourquoi, leurs candidatures éventuelles à l'exploitation de domaines skiables s'effectueraient dans des conditions similaires de concurrence à celles des SEM locales ou des entreprises privées. Toutefois, conditions comparables de concurrence ne signifient pas pour autant identiques puisqu'il existe des différences notables entre les entreprises du secteur privé²⁴¹.

²³⁷ En ce sens, article de Armelle Treppoz « Délégation de service public » in AJDA 2001 p 662. Commentaire sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 Octobre 2000, Req. n° 212.054, Compagnie Méditerranéenne d'Exploitation des services d'eau in AJDA 2001 p 662 ..

²³⁸ Avis du Conseil d'Etat du 8 Novembre 2000, N° 222 208, Affaires Jean-Louis Bernard Consultants in AJDA 2000 p 1066 : « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ».

²³⁹ En ce sens T.A. de DIJON, Jugement 20 Février 2002, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, Req N° 99 245, in AJDA 17 Mars 2003 p. 473.

²⁴⁰ CE 28 AVRIL 2003 « Fédération nationale des géomètres experts et autres » Req N°233360 in MTP du 8/08/2003 p 47 avec le commentaire suivant : « Le Conseil d'Etat, en admettant la validité du 1^{er} alinéa du I de l'article 1^{er} du code des marchés publics, confirme sa position émise dans l'avis contentieux du 8 novembre 2000 société Jean Louis Bernard consultants. Toutefois, cette solution de principe reste soumise aux conditions posées par ledit avis selon lequel une personne publique qui se voit attribuer un marché public doit être en mesure de démontrer qu'elle n'a pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu ».

Paradoxalement, l'égalité entre opérateurs publics et privés insufflée par le droit communautaire pourrait incidemment favoriser une socialisation de l'économie²⁴² ; et conforter l'intervention des régies d'exploitation des domaines skiables pour le compte de tiers.

§2. – Un statut autorisant des alliances économiques avec des sociétés privées.

En application de l'article R. 2221-42 du CGCT²⁴³ une Régie Personnalisée peut acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe., pouvant ainsi devenir actionnaire d'une société privée.

C'est ainsi que la Régie Personnalisée de la Commune de Saint Chaffrey (05) a détenu des actions au sein de la Société Anonyme SERRE – CHE - PROMO, chargée de prestations de services de commercialisation en 1992.²⁴⁴

Pour JC. Douence, cette participation d'une Régie Personnalisée au capital d'une société privée ne conduit pas pour autant à la constitution d'une Société d'Economie Mixte²⁴⁵.

Il y a lieu de relever qu' une éventuelle prise de participation majoritaire d'une régie personnalisée dans une société privée n'est pas soumise par le code général des collectivités territoriales à un contrôle administratif de la part de la collectivité « mère » comme cela est institué pour les entreprises publiques nationales de premier rang par le décret du 9 août 1953, modifié par les décrets des 26 Mai 1955 et 16 février 1978.

Au demeurant, cette disposition concernant les Régies Personnalisées n'est pas étendue par le CGCT aux Régies Autonomes. En effet , cette absence de prise de participation se justifie par le fait que la collectivité de rattachement bénéficie de la possibilité en vertu de l'article L 2253-2 du CGCT²⁴⁶ , soit de posséder des actions au

²⁴¹ Conclusions de Mme Catherine Bergeal sur l'avis précité du Conseil d'Etat du 8 Novembre 2000 , cité par Pierre Collin et Mathias Guyomar, dans l'article : « les conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché ou à une délégation de service public », AJDA 2000 p 987 : « *Les différences peuvent être grandes entre la petite entreprise artisanale et la filiale d'un grand groupe international, soumissionnaires au même marché et dont les obligations sociales et fiscales peuvent être différentes* » .

²⁴² Réflexion en ce sens Olivier Berthelot : « Liberté du commerce et de l'industrie et transferts de compétences : socialisation de l'économie ou privatisation du service public ? » in AJDA 14/04/2003. p707.

²⁴³ « *La régie peut, dans les conditions prévues à l'article L 2253.1, acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe* »

²⁴⁴ Cour des Comptes Arrêt d'appel 18/12/1997 Rapport N° 1997-5180 Régie des remontées mécaniques de Chantemerle Saint Chaffrey.

²⁴⁵ Encyclopédie Dalloz , Fasc 62201 : « Les régies locales », Rub N°145.

sein d'une société d'économie mixte locale ou de détenir des obligations au sein de sociétés privées chargées d'exploiter des services publics locaux à caractère industriel et commercial.

C'est ainsi que le risque économique susceptible d'être pris par une régie autonome au travers de l'engagement financier souscrit par sa collectivité de rattachement, est bien moindre que celui pouvant être contracté par une régie personnalisée.

En effet, l'expression « participations financières » de l'article R 2221-42 du CGCT englobe à la fois les notions d'actions et d'obligations. Ainsi, seule la Régie Personnalisée peut devenir actionnaire d'une entreprise privée. Ce pouvoir concourt à faire d'elle une véritable entreprise publique à caractère industriel et commercial.

La souscription d'actions d'une société n'est pas soumise, par le droit communautaire, à une procédure de mise en concurrence. Toutefois, cette prise de participation au capital d'une société n'autorise pas ensuite l'entité publique à contractualiser avec cette dernière sans respecter les règles communautaires de mise en concurrence.²⁴⁷

C'est la raison pour laquelle, deux communes hollandaises ayant créé une société privée en vue de lui confier l'enlèvement et le traitement de leurs déchets, ne sont vues annuler cette attribution du marché pour non respect du droit communautaire en matière de mise en concurrence²⁴⁸.

§3. – Un statut permettant à la Régie d'exploitation des remontées mécaniques d'intervenir comme opérateur d'actions en matière de coopération transfrontalière.

Sur le fondement de la circulaire interministérielle du 20 avril 2001, la « coopération décentralisée » se définit comme : « l'ensemble des actions de coopération internationale menées dans un but d'intérêt commun par les collectivités territoriales françaises et leurs groupements, d'une part, et une ou plusieurs autorités territoriales étrangères et leurs groupements, d'autre part, dans le cadre de leurs compétences mutuelles ».

La coopération transfrontalière n'est qu'une modalité de la coopération décentralisée ou internationale, mais affectant des autorités territoriales françaises et étrangères se trouvant au voisinage d'une frontière terrestre²⁴⁹, présentant dans le cadre de la présente étude un intérêt en matière de jonction de domaines skiables situés de part et

²⁴⁶ « Les communes et leurs groupements peuvent par délibération de leurs organes délibérants, acquérir ou recevoir des actions des sociétés d'économie mixte locales répondant aux conditions fixées par les articles L 1512-1 ET L 1522-1. Ils peuvent, dans les mêmes conditions, détenir des obligations des sociétés chargées d'exploiter des services publics communaux à caractère industriel et commercial ».

²⁴⁷ In article déjà cité. Cyrille Emery in AJDA 2000 p592.

²⁴⁸ Affaire Arnhem et Rheden. CJCE 10 Novembre 1998. Aff C-324/98

²⁴⁹ Et dans certains cas, d'une « frontière maritime ».

d'autre d'une frontière commune.

A) Exposé du cadre juridique dans lequel s'insère la coopération transfrontalière

1- LES DISPOSITIONS CODIFIÉES AU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES²⁵⁰

En droit interne, la loi A.T.R²⁵¹ du 6 Février 1992 a autorisé les collectivités territoriales françaises à nouer des relations juridiques avec leurs homologues étrangers sous l'appellation de « coopération décentralisée ».

Cette loi²⁵² a été codifiée au chapitre II du livre Ier Code Général des Collectivités Territoriales, sous les articles L 1112-1 à L 1112-7.

Au titre des dispositions d'ordre général instaurées par cette réforme²⁵³ de la coopération décentralisée, il y a lieu d'énoncer les règles suivantes :

a) Seules les collectivités locales françaises et leurs groupements : peuvent contracter avec des autorités étrangères ; ce qui exclut notamment les établissements publics spécialisés et à ce titre les régies personnalisées.

Toutefois, la circulaire interministérielle sus-énoncée du 20 avril 2001 précise que les organismes exclus du pouvoir de passer des contrats de coopération décentralisée peuvent néanmoins intervenir comme « *opérateur d'actions dont les collectivités territoriales ou les groupements sont responsables et maîtres d'ouvrage* ».

C'est donc le cas des régies personnalisées mais aussi autonomes.

b) les cocontractants étrangers : doivent être également être des collectivités locales et leurs groupements ; et en aucun cas des Etats.

c) le contenu du conventionnement : doit se rapporter aux compétences des collectivités locales et de leurs groupements ; et en sus, respecter les engagements internationaux de la France.

d) les conventions sont soumises au contrôle de légalité : habituellement en vigueur en matière d'actes pris par les collectivités locales françaises.

Au titre dispositions particulières relevant de cette réforme, les modalités suivantes de coopération sont autorisées :

²⁵⁰ SYNTHÈSE ÉTABLIE À PARTIR DU FASC 210-50 « JUMELAGE ET COOPÉRATION INTERNATIONALE », OUVRAGE « LE SECRÉTAIRE DE MAIRIE » LITEC.

²⁵¹ loi d'orientation N° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (J.O. du 8/02/1992).

²⁵² et les lois ultérieures qui sont venues la modifier et la compléter. Pour plus de précisions, il y a lieu de se rapporter à la circulaire NOR INTB0100124C du 20 avril 2001 précitée.

²⁵³ L 1112-1 , L 1112-5 à L 1112-7

a) participation des collectivités locales de la communauté européenne à des groupements d'intérêt public²⁵⁴ : créés dans un but :

- de mettre en œuvre et gérer ensemble toutes les actions requises par des projets et programmes de coopération interrégionale et transfrontalière (*la coopération entre domaines skiables transfrontaliers peut rentrer dans ce champ d'application*);
- ou d'exercer des activités contribuant à l'élaboration et la mise en œuvre de politiques concertées de développement social urbain.

b) participation des collectivités locales françaises dans le cadre de la coopération transfrontalière²⁵⁵ ; soit:

- à un organisme public de droit étranger ;
- ou au capital d'une personne morale de droit étranger

dont l'objet est d'exploiter un service public ou de réaliser un équipement local intéressant toutes les personnes publiques participantes (*la jonction de domaines skiables peut également relever de ces mesures*) .

En sus de ces dispositions en matière de coopération décentralisée, il y a lieu de mentionner la participation de collectivités locales étrangères au capital de SEM locales françaises²⁵⁶ .

2- LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX SOUSCRIS PAR LA FRANCE EN MATIÈRE DE COOPÉRATION INTERNATIONALE AFFECTANT LES COLLECTIVITÉS LOCALES

²⁵⁷

La convention de Madrid adoptée par le Conseil de l'Europe le 21 mai 1980 , traité N° 106, constitue la convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités territoriales et de leurs groupements. Cette convention de 1980 a été complétée par 2 protocoles additionnels : le N° 1 daté du 9 novembre 1995 et entré en vigueur en France le 5 Février 2000 ; et le N° 2 daté du 5 mai 1998 , signé par la France le 20 mai 1998 et pas encore ratifié à ce jour, dont l'objet est d 'élargir la coopération transfrontalière à la notion de coopération internationale.

En sus, les états signataires de la convention de Madrid ont conclu entre eux des accords pour organiser les relations de coopération.

A ce titre, la France a conclu les accords bilatéraux ou plurilatéraux suivants :

²⁵⁴ L 1112-2 et L 1112-3

²⁵⁵ L 1112-4 du CGCT

²⁵⁶ L 1522-1 du CGCT

²⁵⁷ SYNTHÈSE ÉTABLIE À PARTIR DE L'ARTICLE « LA COOPÉRATION DÉCENTRALISÉE : COMMENT S'EXTRAIRE DES CONTINGENCES DE L'INTÉRÊT PUBLIC LOCAL ? ». A.CABANES ET A.ROBBES IN AJDA 31MARS 2033 P593. POUR PLUS D'INFORMATIONS, SE RÉFÉRER ÉGALEMENT À LA CIRCULAIRE INTERMINISTÉRIELLE PRÉCITÉE DU 20 AVRIL 2001

- Accord de Rome du 26 novembre 1993 avec l'Italie ;
- Traité de Bayonne du 10 mars 1995 avec l'Espagne ;
- Accord de Karlsruhe du 23 janvier 1996 avec l'Allemagne, la Suisse et le Luxembourg

La multiplicité de ces accords a pour conséquence de porter atteinte à l'homogénéité de la coopération transfrontalière ; aboutissant ainsi à des différences juridiques notables entre massifs montagnards frontaliers (Pyrénées avec l'Espagne, Alpes avec l'Italie et la Suisse, le Jura avec la Suisse).

B) Exemples de coopération transfrontalière en matière de gestion de domaine skiable:

En principe, la conclusion d'un protocole suffit à encadrer juridiquement les actions pouvant être entreprises en matière de coopération transfrontalière. C'est ainsi qu'au début des années 1990, les stations de ski de Montvalezan – la Rosière (Savoie) et la Thuile (Italie) , dont les domaines skiables sont séparés par la frontière entre la France et l'Italie, ont conclu un accord pour la création d'un forfait tarifaire international regroupant les 2 domaines.

Toutefois, ces deux stations dans l'optique d'un développement commun de leurs sites ²⁵⁸ ont souhaité renforcer leur coopération en créant en 1991 un G.E.I.E ²⁵⁹ dénommé « *GEIE Sud Mont-Blanc* » .

A l'époque, le domaine skiable de la Commune de Montvalezan – la Rosière était exploité par une régie municipale. Celle-ci n'a pas pris part à la constitution du GEIE. Par contre, la régie est intervenue comme opérateur d'action de sa collectivité de rattachement dans le cadre de la politique de développement des domaines skiables initiée par le GEIE qui en définitive a été très limitée en matière d'investissement . La coopération s'est surtout concrétisée par des échanges professionnels concernant la gestion courante des domaines skiables (échanges de savoir et de savoir faire, formation commune des personnels à la qualité, signalétique identique des pistes, installation d'une webcab pour visionner l'enneigement sur le site du Belvédère constituant la frontière, organisation en commun des services de secours et du PIDA, mise en place d'une promotion commune etc...) ²⁶⁰ .

²⁵⁸ Extrait des statuts du GEIE : « Article 3- objet : *le groupement a pour objet* : 1) de promouvoir les sites exploités par ses membres dans le but de développer une clientèle internationale. 2) d'étudier les actions de toute nature pour : améliorer la qualité des services offerts sur les pistes à la clientèle, favoriser la fréquentation touristiques en toutes saisons, protéger et améliorer l'environnement. 3) *d'organiser et de développer les moyens nécessaires à toute action ou acquisition tendant à la réalisation des objectifs fixés par les membres* »

²⁵⁹ Sources www.info-europe.fr : « Le statut du Groupement Européen d'Intérêt Economique (GEIE) , de droit européen et non national, a pour objet de favoriser la coopération transfrontalière. Pour créer un GEIE, les futurs partenaires doivent tout d'abord conclure un contrat écrit...Puis, ils doivent faire immatriculer leur GEIE au registre du commerce et des sociétés ».

²⁶⁰ « Des aides pour le tourisme en zones de montagne », Aménagement et Montagne Nov-Dec 1997 p144.

La commune de Montgenèvre (Hautes-Alpes) qui exploite son domaine skiable en régie personnalisée, a créé en 2001 avec la station de Clavière (Italie) une structure officieuse de coopération transfrontalière dénommée : « *Comité de Liaison et Coopération Transfrontalière (CLCT) »*²⁶¹ dans la perspective des Jeux Olympiques de 2006. Cette instance de coordination, fonctionnant comme une assemblée délibérante commune aux deux stations, est un outil de développement du « *plateau olympique Montgenèvre-Clavière* » par la réalisation d'un stade international de ski de fond .

Elle agit en sorte comme un syndicat mixte transfrontalier à l'instar de ce qui existe en Alsace , dans un tout autre champ de compétences, réunissant le département du Bas-Rhin et les landers du Bade-Wurtemberg et du Palatinat²⁶² . Dans le cas d'espèce, un tel groupement local de coopération transfrontalière a été rendu possible par le traité de 1996 de Karlsruhe ; dispositions dont malheureusement ne peut pas officiellement bénéficier une coopération franco-italienne.

§4. – Un statut acceptant le cumul d'activités.

A) Cumul d' activités connexes de gestion d' un domaine « de ski alpin » et d' un domaine de « ski de fond» au sein d'une même régie.

La pratique du ski alpin et des disciplines assimilées (surf, monoski, etc...) se caractérise par l'utilisation des remontées mécaniques pour rejoindre un point gravitaire pour ensuite redescendre en glisse , en suivant en règle générale les pistes ou en empruntant des espaces hors pistes à l'intérieur ou à l'extérieur du domaine skiable sécurisé.

A l'inverse, la pratique du ski de fond ou nordique ne nécessite pas de recourir à l'utilisation de remontées mécaniques.

A conditions que ses statuts le prévoient, une régie locale exploitant les remontées mécaniques d'un domaine skiable peut s'adjoindre comme activité connexe la gestion du domaine nordique , du fait que les pistes de ski alpin et de fond sont généralement incluses dans le périmètre du domaine skiable . Il existe de ce fait une complémentarité entre ces 2 activités distinctes avec parfois une synergie en matière de gestion des personnels (dameurs, secouristes...). A cet égard, une régie des remontées mécaniques peut s'adjoindre l'exploitation d'un train touristique en période estivale²⁶³ , mais pas la vente complémentaire d'assurances neige puisque cette activité commerciale est réservée à la profession d'assureurs²⁶⁴ .

²⁶¹ « Une structure officieuse innovante », Aménagement et Montagne , Février- Mars 2003.p35.

²⁶² « Lorraine et Alsace : les pionniers de coopération transfrontalière » in la Gazette des C-D-R du 20 Janvier 2003 p 43. La coopération transfrontalière est pratiquée dans les domaines de la consommation, des loisirs, des échanges économiques et des implantations d'entreprises.

²⁶³ CRC Aquitaine EPSA-Izeste 14/09/1998

²⁶⁴ CRC Midi-Pyrénées Cne de Barèges 4/12/2000

Dans le cadre de sa régie autonome gérant le service des pistes des remontées mécaniques, la commune de Val d'Isère exploite également les pistes de ski de fond. A l'occasion d'une mise en cause de sa responsabilité consécutive à une avalanche, la commune a plaidé le caractère administratif du service des pistes mais uniquement lors du pourvoi en cassation . Aussi, la Cour de Cassation rejette l'examen de cet argument pour irrecevabilité au regard des règles de procédures ²⁶⁵ .

B) Cumul de régies autonomes exploitant des activités différentes au sein d'un même conseil d'exploitation

L'article R 2221-3 du CGCT relatif à l'organisation de la régie autonome prévoit expressément qu' « un même conseil d'exploitation ou un même directeur peut être chargé de l'administration ou de la direction de plusieurs régies ».

Cette disposition peut être utile pour les petites communes ou les organismes de coopération inter-collectivités publiques ayant à gérer plusieurs régies autonomes à caractère industriel et commercial dont une concernant les remontées mécaniques.

SECTION IV – UN STATUT JURIDIQUE QUI EVITE A LA COLLECTIVITE ORGANISATRICE LES DIFFICULTES DE LA DELEGATION DE SERVICE

§1.-La fin du dogme de la pleine liberté contractuelle de la collectivité délégante

A) La modification substantielle du capital social de l'entreprise délégataire aboutissant à un changement de cocontractant

La Commune de St Gervais les Bains avait consenti de longue date à la Société des Téléphériques du Mont-Blanc (STMMB), la concession des remontées mécaniques de deux domaines skiables situés sur son territoire communal.

Or, courant 1986, 74 % des actions de la S.T.M.M.B. furent cédées à la Société d'Economie Mixte du Jaillet, elle même contrôlée par la commune voisine et concurrente de Megève. Comme l'indique très justement Claude Devès : « *Il est bien évident que la Commune de Saint Gervais n'avait pas contracté avec la STMMB pour en arriver à une telle situation* » ²⁶⁶ .

Face à ce changement de fait de cocontractant, la Commune de St Gervais les Bains a résilié la convention.

Par jugement du 31 Décembre 1987, le Tribunal Administratif de Grenoble a annulé cette mesure en ce qu'elle avait été prononcée aux torts du concessionnaire.

²⁶⁵ C.CASS 15/10/2002 Pourvoi 01-88275

²⁶⁶ « Conditions dans lesquelles une autorité concédante peut résilier unilatéralement un contrat de concession d'un réseau de remontées mécaniques" AJDA 1991 p. 570.

En appel , la Cour Administrative de Lyon a réformé le jugement au motif que « les règles générales applicables même sans texte aux concessions de service public autorisent l'autorité concédante à prononcer la résiliation d'une telle concession attribuée à une personne morale, lorsqu'elle constate que, par suite de mouvements affectant la répartition du capital social, le concessionnaire ne présente plus les garanties techniques, financières ou de toute autre ordre au vu desquelles la concession avait initialement été attribuée ».²⁶⁷

Cet arrêt , pris à l'occasion de la vie d'un contrat de délégation d'un service public de remontées mécaniques, innove en reconnaissant un nouveau cas de résiliation dans l'intérêt général , inédit jusqu'à lors, soit la résiliation pour risque de conflit d'intérêts provoqué par le changement de contrôle de la société délégataire résultant d'une modification substantielle de son actionnariat.

En cassation, le Conseil d'Etat admet la résiliation pour motif d'intérêt général du fait du changement intervenu dans la composition du capital du délégataire²⁶⁸ , mais par contre casse les dispositions de l'arrêt en ce que celles-ci limitaient l'indemnisation du concessionnaire à la valeur des actifs.

Pour la plupart des commentateurs, l'arrêt de la Cour Administrative contenait en lui-même une contraction dans la mesure ou il admettait une résiliation pour motif d'intérêt général, mais qu'il indemnisait par contre l'exploitant évincé aux conditions financières plus défavorables d'une résiliation prononcée à ses torts. C'est pourquoi, au regard de l'indemnisation de ce dernier, la décision de la Haute Assemblée ne fait que rétablir la règle jurisprudentielle antérieurement applicable en la matière pour J.P. Gili²⁶⁹ .

Dans cette problématique juridique du changement de cocontractant résultant de la modification substantielle de l'actionnariat composant le capital social d'une société délégataire , tant la Cour Administrative de Lyon que le Conseil d'Etat ont considéré que la résiliation du contrat pouvait être fondée sur un motif d'intérêt général consistant en un conflit prévisible d'intérêts économiques, et non sur la notion de faute .

Cette position jurisprudentielle est critiquable dans la mesure où lors de la passation d'un contrat de délégation de service public de remontées mécaniques, il est évident que la collectivité délégante ne va pas confier à son concurrent direct la gestion de son domaine²⁷⁰ . C'est pourquoi, la notion de faute aurait du être retenue.

²⁶⁷ CAA Lyon 9 Avril 1991 STMMB/ Commune de St Gervais Req. N° 89. LYO 1122 / 89 LYO 1123.

²⁶⁸ « que la Cour Administrative d'appel de Lyon a pu légalement juger qu'une telle modification de la composition du capital de la société concessionnaire autorisait le concédant à cause des risques de conflits d'intérêts qu'elle entraînait, à regarder son cocontractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée et pour ce motif d'intérêt général , à prononcer la résiliation de cette concession » (CE. 31 Juillet 1996 STMMB req. N° 126594) ».

²⁶⁹ in : « Résiliation unilatérale d'une concession pour un motif d'intérêt général : modification du capital social du concessionnaire et garantie financière », AJDA 1996 p.788 : « le Conseil d'Etat ne fait donc qu'appliquer sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle le cocontractant qui est dépossédé de son contrat pour un motif d'intérêt général doit être indemnisé du préjudice qu'il subit , ce qui implique qu'il soit dédommagé de son manque à gagner, règle qui est d'ailleurs également appliquée en droit international » administrative pour un motif d'intérêt général modification du capital social du concessionnaire et garantie financière » .

Dans la lutte commerciale entre stations, le scénario selon lequel un holding d'exploitation de domaines de sports d'hiver acquiert le capital social d'une entreprise de remontées mécaniques pour en limiter l'extension n'est pas impossible pour faire prévaloir l'intérêt économique du groupe²⁷¹. Ou bien, on peut assister à une situation similaire à celle couramment pratiquée en matière d'urbanisme, où un promoteur obtient un permis de construire qu'il revend ensuite à un constructeur. Dans cette hypothèse, la société délégataire vend ses actions et le coût financier de l'opération financière se répercutera normalement sur les charges d'exploitation de la délégation pénalisant ainsi éventuellement la collectivité concédante par l'absence d'investissement à moyen ou long terme.

Sur le fond du droit, à l'occasion d'un avis N° 364803 du 8 juin 2000 de sa section des finances portant sur la cession de contrat, le Conseil d'Etat précise que la modification substantielle du capital social d'une entreprise délégataire ne constitue pas une cession de contrat et de ce fait, le changement de cocontractant ne nécessite pas un agrément de la part de la collectivité délégante²⁷².

C'est pourquoi, la presse s'est faite l'écho des inquiétudes exprimées par les collectivités ayant délégué la gestion de leur domaine skiable à la Compagnie des Alpes du fait de l'intention de la Caisse des Dépôts de se désengager financièrement du capital social en vendant ses actions.

La crainte des délégants, c'est de voir les nouveaux actionnaires (notamment des fonds de pensions) être plus attentifs à retirer des dividendes qu'à investir de sorte qu'à la fin de la période contractuelle, la collectivité retrouve des équipements de remontées mécaniques anciens et une station ayant perdu de sa compétitivité²⁷³.

Selon les dires mêmes à une certaine époque des dirigeants de la Compagnie des Alpes, leur société n'était pas une entreprise privée comme les autres du fait de la participation majoritaire de la Caisse des Dépôts et Consignations au capital²⁷⁴.

Ainsi, pour les élus locaux, il s'agissait certes d'une entreprise privée mais avec un

²⁷⁰ à moins qu'elle le fasse sciemment dans une optique de synergie de domaine skiable ce qui est possible dans le cas d'une petite station se trouvant ainsi rattachant à une grande station au travers d'un même gestionnaire rendant plus facile commercialement la jonction des domaines.

²⁷¹ Bernard Thiry, ouvrage précité édition Pedone p.14. : « *toutefois, l'examen des divers types de relations financière entre entreprises et pouvoirs publics conduit à s'interroger sur la pertinence du critère de l'investisseur privé en Economie de marché, notamment quant on sait que ce critère peut être abandonné au profit du critère de l'intérêt du groupe dans les groupes d'entreprises privées* » .

²⁷² in « Compagnie des Alpes : la privatisation en question. Un seuil à ne pas franchir » Dauphine Libéré du 24 avril 2003, en page nationale : « *D'autre part, la notion de tiers auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat. Tel n'est pas le cas, en application de l'article 1844-3 du code civil et des articles 5°, 354, 355, 355-1 et 355-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966, relatifs à la notion de prise de contrôle des sociétés, en cas de transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme, ou en cas de prorogation ou de toute autre modification statutaire. Tel n'est pas non plus le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire* » AJDA 2000 p 758.

esprit de société d'économie mixte étatique de développement local.

La volonté de la C.D.C. de se retirer pour tout ou partie de la C.D.A. n'est pas sans conséquence pour les collectivités délégantes comme l'ont parfaitement compris certains élus locaux qui ont saisi de ce problème, au travers de l'association nationale des Maires des Stations de Montagne, le Ministre de l'Economie et des Finances.

La réponse ministérielle en date du 30 Juin 2003 est déconcertante quant à la prise en considération des conséquences pouvant résulter d'une modification significative du capital social d'une entreprise délégataire.

D'abord, elle rappelle que la procédure de délégation de service public n'autorise pas d'écarter un candidat au seul motif de la composition de son capital social²⁷⁵. « *A contrario* » cela signifie que favoriser le choix d'une société d'économie mixte au seul motif du contrôle du capital par la collectivité délégante n'est pas non plus justifié juridiquement ; ce qui fragilise encore plus l'intérêt de l'option de la SEM locale par rapport au recours à la régie.

Ensuite, et plus fondamentalement, elle nie l'effet de l'arrivée des fonds de pensions dans le capital de la CDA à la place de la CDD en affirmant que cette modification de l'actionnariat ne saurait être analysée comme une source potentielle de conflit d'intérêts et donc justifier une résiliation du contrat²⁷⁶.

Il est vrai que l'Etat est partie prenante dans cette privatisation de la CDA et n'a pas donc intérêt à compromettre cette opération financièrement rentable en introduisant une éventuelle insécurité juridique. Mais ce faisant, la réponse ministérielle détourne totalement la problématique de l'atteinte portée au principe de « l'intuitu personae » qui constitue pourtant le socle théorique de la délégation de service public.

Or, au delà du respect formel de la rédaction des clauses de délégation de service public, il y a l'esprit avec lequel le délégataire exécute concrètement sa mission au

²⁷³ « *Le danger, dans le cas de ce désengagement annoncé par la Caisse des dépôts et consignations, c'est que les nouveaux investisseurs, animés de la seule volonté de se partager les dividendes, le fassent au détriment des mises de fonds régulières indispensables pour le renouvellement du parc de remontées mécaniques et l'entretien des domaines skiables. Après plusieurs opérations de ce genre, les communes concernées se retrouveraient avec des équipements obsolètes et des stations ayant perdu leur compétitivité. C'est ce qui s'est passé à Flaine ou la Compagnie des Alpes à du redoubler d'efforts, pendant plusieurs années, pour remettre les remontées mécaniques à niveau et combler le retard creusé par ses prédécesseurs* ».

²⁷⁴ in : « *Remontées mécaniques : concentration soutenue* », Aménagement et Montagne Mars-Avril 2000 p. 29 « *La présence forte de l'opérateur public représente une certaine forme de protection pour la collectivité concédante. La C.D.A. n'est pas une société normale affranchie de toute règle. Notre actionnaire principal joue un rôle de sécurisation de l'ensemble* ».

²⁷⁵ « *Ainsi, les dispositions du code général des collectivités territoriales qui régissent les délégations de service n'autorisent certainement pas qu'une candidature puisse être écartée au seul motif de la composition de son capital social...* ».

²⁷⁶ « *La seule hypothèse dans laquelle une résiliation motivée par un changement de capital du délégataire a été admise est celle d'une résiliation l'intérêt général pour risque de conflit d'intérêts provoqué par la modification dans le contrôle de la société (CE, 31 juillet 1996, STMMB). Bien entendu, ce précédent est sans rapport avec l'affaire qui vous préoccupe* »

quotidien. Cet élément immatériel est fondamental pour qu'une confiance réelle s'instaure entre le délégant et son délégataire d'où la justification de « l'intuitu personae »²⁷⁷.

D'ailleurs, J.M Delarue, commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat dans l'affaire de Saint Gervais les Bains, avait bien compris cette problématique :

« On doit entendre comme motif d'intérêt général toute modification qui, extérieure à l'aptitude de concessionnaire à exécuter le service public qui lui est confié., est de nature à altérer très substantiellement les données initiales du contrat, par exemple, la confiance nécessaire entre le concédant et le concessionnaire ».²⁷⁸

Pour pallier l'hypothèse d'une modification substantielle du capital social de sa SEM d'exploitation de son domaine skiable, le Maire de Chamonix a anticipé le risque de changement d'actionariat de la façon suivante : « *la Commune a pris une participation du même taux dans la société ainsi qu'un troisième actionnaire et surtout, j'ai fait signer un pacte d'actionnaires pour qu'aucun d'entre eux n'ait le droit de monter en puissance sur les deux autres* »²⁷⁹ ; ce que confirme l'analyse faite par la Chambre Régionale des Comptes²⁸⁰.

Faire garantir la bonne exécution d'un contrat de droit administratif de délégation de service public par des clauses de droit commercial, apparaît pour le moins paradoxal et traduit une lacune du droit public en la matière.

De plus, toutes les collectivités publiques n'arrivent pas à imposer avec le même succès des clauses de droit commercial à son délégataire. C'est ainsi que la Commune de St Bon Courchevel n'a pas réussi à contractualiser avec l'exploitant de la station de Morion- Courchevel 1650 un droit de préemption sur le rachat des actions de sa société²⁸¹ ; et de ce fait le domaine skiable a été racheté par la SEM départementale « S3V ».

Au demeurant, dans le cas d'espèce, il est possible de s'interroger sur la légalité de l'introduction d'une telle clause commerciale dans le cadre d'un cahier des charges de

²⁷⁷ (en raison des considérations propres de chacun).

²⁷⁸ **conclusions sur CE. 31 Juillet 1996 STMMB in JCP 1997 N° 22790.**

²⁷⁹ Dauphiné Libéré du 24 Avril 2003 article précité.

²⁸⁰ C.R.C. Rhône Alpes 14/02/2002 Commune de Chamonix. : « *La SEM Chamonix – développement, porteuse des intérêts de la commune, détient 22 % des actions de la Compagnie du Mont-Blanc, à parité avec la Compagnie des Alpes et avec la famille Seydoux. Par ce biais, la Commune escompte une influence suffisante sur les choix stratégiques de l'ensemble de ses sociétés concessionnaires, pour préserver les intérêts de la vallée face aux visées commerciales de grands groupes, dans le contexte de la restructuration et de l'internationalisation du secteur. Découlant de sa situation d'actionnaire paritaire à 22 % par SEM interposée, l'influence de la commune s'appuie également sur une convention entre actionnaires, et sur sa position d'autorité concédante pour deux des trois sociétés concernées (SATAL et STMB). Selon la réponse du président de la Compagnie du Mont-Blanc, cette convention qualifiée de « pacte d'actionnaires » attribue aux trois principaux actionnaires la SEM Chamonix-développement, la Compagnie des Alpes et la famille SEYDOUX, qui exercent conjointement le contrôle de la société, outre une parité dans les participations capitalistiques, des droits strictement égaux au niveau du contrôle de la société. Ce dispositif garantirait ainsi une totale symétrie entre ces trois actionnaires, dans les choix stratégiques de l'ensemble des sociétés concessionnaires du groupe* » .

délégation de service public.

B) Le changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat de délégation de service public

Dans son avis susvisé du 8 juin 2002, le Conseil d'Etat considère que le changement de contractant résultant d'une cession de contrat ne constitue pas un nouveau contrat sous réserve que les clauses contractuelles ne soient pas modifiées à cette occasion, mais nécessite néanmoins l'assentiment préalable de la collectivité délégante pour respecter le principe de « l'intuitu personae ».

Pour Laurent Richer, cet avis du Conseil d'Etat s'inscrit dans la continuité juridique²⁸² alors qu'au contraire selon Sylvie Laridan, il s'écarte de la conception classique où la cession du contrat est perçue comme un nouveau contrat²⁸³ ; ce qui fait dire à Eric Sagalovitsch :

« On peut se demander si la solution retenue par le Conseil d'Etat n'est pas trop favorable aux intérêts des sociétés, au détriment de ceux de la collectivité publique »²⁸⁴.

Déjà en 1996, J.P. Gili avait relevé que le mécanisme juridique de la cession de contrat pouvait aboutir à imposer à la collectivité délégante un cocontractant²⁸⁵.

En effet, le pouvoir de refuser la cession d'un contrat n'est pas arbitraire et dans son avis du 8 juin 2000, le Conseil d'Etat rappelle que « l'autorisation de cession ne peut

²⁸¹ in Aménagement et Montagne, op. cité Mars Avril 2000 p. 37 : « Laurent Bois-Vives souhaitait développer la société grâce à un programme d'investissement de 50 millions de Francs, présenté à la Commune concédante de Saint Bon en 1998 avec une demande de prolongation de la concession de cinq ans. Mais la Commune a assorti son accord d'une clause de préemption des actions de Laurent Bois – Vives en cas de vente. Cette exigence de la Commune, jugée irrecevable par l'intéressé ».

²⁸² in AJDA 2000 p. 758 : « Il admet la validité du changement des cocontractants résultant d'une cession de contrat, par un raisonnement dont le classicisme rejoint les besoins de la vie des affaires » in « marchés publics et conventions de délégation de service public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession du contrat »

²⁸³ in « la cession des contrats de délégation de service public » - la gazette des C-D-R. du 24 Janvier 2000 p.39 : « En effet, en droit privé, en dehors du cas de la cession judiciaire ou la Cour de Cassation a résolu la question en faveur de la continuité du bien primitif, la doctrine considère généralement que la cession d'un contrat implique conclusion d'un nouveau contrat. La doctrine administrative considère également que la cession de contrat emporte nouveau contrat. Pour le Professeur de Laubadère, de l'autorisation donnée par l'administration résulterait un nouveau contrat entre la collectivité publique et le bénéficiaire de la cession (Traité des contrats administratifs – Tome II, N° 831) » .

²⁸⁴ In « Marchés, délégations et changement de cocontractant », La Gazette des C-D-R du 16 avril 2001 p 58.

²⁸⁵ Article précité AJDA 1996 p.788 : « on peut d'ailleurs se demander pourquoi le libre choix du cocontractant continue à être affirmé comme un principe de base de la concession et de l'affermage alors que ... même pour les concessions et affermage, si le cocontractant veut céder ou sous-traiter son contrat, l'autorité administrative ne peut s'y opposer que pour insuffisance des garanties techniques ou financière du concessionnaire, elle peut donc se voir imposer un nouveau contractant qu'elle n'a pas choisi » .

légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux » et à ce titre, il énonce :

« Au nombre de ces motifs figure notamment l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. »

Comme l'indique Eric Sagalovitsch, il est à craindre le plus souvent au vu de cet avis du Conseil d'Etat qu'en cas de cession de contrat, l'autorité délégante soit dans une situation de compétence liée ne pouvant pas refuser l'agrément pour la substitution du cocontractant ²⁸⁶ .

Nil Symchowicz fait ressortir l'incohérence à considérer la cession des droits sociaux comme libre de tout assentiment du délégant alors que la cession de contrat reste soumise à une procédure d'agrément en illustrant ses propos par une comparaison entre une cession de contrat au sein d'un même groupe qui ne modifie pas la personne du cocontractant pour l'administration alors qu' à l'inverse, une modification substantielle du capital social aboutit à une mutation du partenaire ²⁸⁷ .

Ce transfert de sociétés exploitantes au sein d'un même holding a été pratiqué par la Caisse des Dépôts et la Compagnie des Alpes pour la gestion de la station des Arcs, ou

²⁸⁶ Article précité , La Gazette des C-D-R. du 16 Avril 2001 p. 58 : « Le principe posé par le Conseil d'Etat signifie que la collectivité doit accepter la demande d'autorisation de cession du contrat et qu'elle ne pas la refuser pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, c'est à dire que le refus pourra principalement être justifié par une insuffisance de capacité technique ou financière du cessionnaire. Cela signifie également que, si le concessionnaire pressenti a la capacité et les garanties suffisantes, la collectivité publique sera alors dans une situation de compétence liée pour accorder l'autorisation de cession de contrat. En cas de décision de refus, il est probable que les délégataires en place ne l'entendront pas ainsi, et qu'ils n'hésiteront pas à déférer à la censure des tribunaux administratifs les refus d'autorisation de cession. Ils pourront joindre à leurs conclusions d'annulation une demande tendant à ce que le tribunal adresse à la collectivité l'injonction de délivrer l'autorisation, sus peine du versement d'une astreinte. Ils pourront même saisir le juge du référé-suspension... Or, compte tenu de la rédaction de l'avis et de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, il est à craindre que le juge administratif procède sur les décisions du refus d'autorisation, à un contrôle normal et non à un contrôle de l'erreur manifeste. C'est à dire qu'il examinera effectivement si la collectivité a pu considérer que telle entreprise ne présentait pas les garanties suffisantes. C'est une différence notable avec le régime d'appréciation des garanties dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence, où le juge administratif n'exerce à l'encontre des décisions de refus de candidature qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.. Or, le contrôle normal augmente les risques d'annulation, par rapport à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, et limite le pouvoir d'appréciation de la collectivité publique. » .

²⁸⁷ « Il y a une difficulté logique à considérer que serait problématique une cession de contrat entre entreprises du même groupe de sociétés et donc, par exemple, une cession de contrat par une société à une autre dont elle détiendrait 99 % des parts sociales, alors que, à l'inverse, ne poserait aucun problème juridique l'acquisition, par une société tierce étrangère au groupe, de 99 % de parts sociales de la société cocontractante. Dans le premier cas, s'il y a formellement changement de personne de contractant, on est très loin d'une situation révélant un changement fondamental et la logique de mise en concurrence est préservée. En revanche, dans la seconde hypothèse, si formellement il n'y a aucun changement de contractant, fondamentalement les données sur lesquelles l'administration s'est fondée pour choisir son contractant , au travers de son offre, se trouvent pourtant bouleversées. » – « contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions » - AJDA 2000 p.104.

tour à tour se sont succédées la CDD, la STAR puis la SMA²⁸⁸.

Ainsi, rien dans le principe ne devrait justifier une différence de procédure entre la cession de contrat et la cession d'actions majoritaires, car dans les deux cas la continuité de la personne morale exploitante le service public est affectée²⁸⁹.

C) Un libre choix du cocontractant très encadré lors de la dévolution initiale du contrat de délégation de service public ou lors de son renouvellement

Comme le souligne Frédéric Destal, au nom du principe de la transparence, la loi Sapin du 29 janvier 1993, en encadrant la procédure de délégation de service public, a mis fin à la toute puissance de la liberté contractuelle de l'autorité délégante. Celle-ci est désormais soumise à la sanction éventuelle du Juge administratif pour erreur manifeste d'appréciation dans le choix de son cocontractant²⁹⁰.

Dans ces conditions, il apparaît difficile de justifier a priori du choix d'une SEM locale si celle-ci a été constituée spécialement pour la procédure en cours du fait de l'absence de référence qualifiante par rapport à la concurrence de sociétés privées d'exploitation des remontées mécaniques de réputation nationale.

D'autre part, quand bien même il s'agirait de la situation d'une SEM candidate à sa succession, l'examen de l'assise financière de celle-ci n'est pas forcément aussi favorable que celle d'un grand groupe capitalistique des remontées mécaniques.

Le fait de devoir éventuellement justifier son choix face au contrôle de légalité ou en cas de contestation de la part d'un candidat évincé, limite évidemment le pouvoir réel de choix de la collectivité délégante à l'égard de sa propre SEM d'exploitation des remontées mécaniques ou d'un partenaire privé pressenti préalablement.

Le 20 janvier 2003, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et

²⁸⁸ CRC Rhône Alpes 28/06/2001 Commune de Bourg St Maurice : « Par avenant du 6 mai 1991, la STAR s'est substituée à la CDDD. Enfin, le 10 mai 1996, la STAR a été absorbée par la SMA ».

²⁸⁹ Nil Symchowicz, article précité AJDA 2000 p.104 : « Aucune distinction ne doit être opérée entre les cessions stricto-sensu, emportant changement de personne du contractant, et les modifications substantielles du capital social révélant des changements dans la personne du contractant...c'est l'évidence même que de telles opérations faussent la concurrence en aval de la conclusion du contrat, puisque la concurrence aboutit au choix d'un cocontractant qui par l'effet de la cession, ne sera plus formellement ou fondamentalement le même ».

²⁹⁰ Avocat du cabinet August et Debouzy site Internet le juriste.com: « La Collectivité publique est, en effet, tenue avant toute négociation, d'organiser la publicité de l'offre de délégation, puis de dresser la liste des candidats admis à présenter une offre. Elle doit alors adresser un document de présentation, puis recueillir les offres. Ces mesures sont, certes nécessaires car elles participent de l'amélioration de la transparence et de la visibilité de l'action publique. Mais, ce faisant, la loi soumet l'ensemble de la procédure au contrôle du juge qui se voit ainsi donner la possibilité de sanctionner, notamment l'erreur manifeste d'appréciation. Ce contrôle constitue, assurément, un rempart contre l'arbitraire toujours possible et les décisions de pure opportunité : mais, c'est aussi un encadrement du libre arbitre du décideur public. Il aurait été peut-être plus judicieux d'insérer, dans le corps de la définition, un rappel du principe de liberté qui prévaut normalement dans le choix du cocontractant. La délégation de service public aurait alors réellement connu son intronisation législative. » in « Délégation de service public : la consécration législative inachevée ».

de la Répression des Fraudes a publié les résultats d'une enquête d'actualité pour la période 2000 et 2001, concernant le renouvellement des délégations de service public dans le secteur des remontées mécaniques²⁹¹.

« L'enquête révèle, doux euphémisme, que le respect de la loi n'est pas toujours spontané et que l'intervention des services de la DGCCRF contribue souvent à ce respect de manière décisive »²⁹².

Durant les deux années considérées, sur 12 cas de renouvellement de contrat, les résultats de l'étude sont les suivants:

- Seules 5 conventions ont été précédées de mise en concurrence dont 4 sur interventions expresses des services de l'Etat ;
- 3 avenants de prolongation conclus directement avec l'exploitant ont finalement été retirés à la demande du contrôle de Légimité. Le retrait dans un cas a donné lieu ensuite à une nouvelle procédure avec mise en concurrence ;
- 4 prorogations directes de contrats ont été maintenues par l'autorité délégante. Elles ont été ou seront déférées devant la juridiction administrative, laquelle a ce jour déjà annulé 2 avenants.

En sus du respect des règles procédurales prévues par la loi SAPIN, l'autorité délégante doit prendre en compte également les dispositions du code du commerce relatives au respect du droit de la concurrence.

Depuis les arrêts « Fédération Française des sociétés d'assurances »²⁹³ et « Ste Million et Marais »²⁹⁴, la jurisprudence administrative accepte d'apprécier la légalité d'un contrat au regard des droits communautaire et interne de la concurrence.

Ainsi, le libre choix de l'autorité délégante se retrouve une nouvelle fois encadrée par les dispositions du code du commerce. En effet, l'article L410-1 du code de commerce dispose que les règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence s'appliquent : « ... à toutes activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

Par conséquent : « un acte administratif peut-être considéré comme illégal s'il conduit la collectivité publique à méconnaître les dispositions du code du commerce »²⁹⁵.

Le code de commerce prohibe principalement deux sortes de pratiques : l'abus de

²⁹¹ Site internet DGCCRF Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

²⁹² « La DGCCRF sur les traces des DSP de remontées mécaniques » site internet achatpublic.

²⁹³ CE Sect. 8 novembre 1996, AJDA 1997 p204

²⁹⁴ CE Sect. 3 novembre 1997, Requête n°169907, AJDA 1997 p 1012.

²⁹⁵ S. Palmier in « Violation des dispositions du code du commerce et illégalité de la procédure de passation d'un marché public » AJDA 2003 p 738.

position dominante et les ententes anti-concurrentielles.

Par jugement du 28 avril 2000²⁹⁶, le Tribunal administratif de Rouen a confirmé le bien-fondé de la décision d'une collectivité locale d'écarter d'un appel d'offres un groupement d'entreprises dans la mesure où la constitution de celui-ci n'apparaissait nullement indispensable à la réalisation des prestations par chacune des entreprises membres et laissait donc apparaître une entente concurrentielle²⁹⁷.

De même par un jugement du 6 février 2003²⁹⁸, le Tribunal Administratif de Bastia a annulé un marché de transports de personnes conclu par le Conseil Général de la Haute-Corse au motif de sa passation : « *en méconnaissance des dispositions...du code de commerce* » du fait de l'entente entre trois sociétés soumissionnaires appartenant au même groupe.

Au regard de la notion d'abus de position dominante, le Conseil d'Etat dans l'arrêt Million et Marais précité a indiqué que l'attribution d'un droit exclusif n'est pas prohibé en soi mais seul l'abus pouvant être retiré d'une telle situation est répréhensible.

« Le libre choix du délégant se retrouve donc ici une nouvelle limité puisque ce dernier devra désormais prévoir les conséquences des conventions de gestion déléguée qu'il conclut au regard du droit de la concurrence et s'assurer notamment qu'il ne place pas le délégataire dans une situation prohibée telle que la constitution d'un abus de position dominante ou encore une entente »²⁹⁹.

L'autorité délégante est tenue de ne pas retenir une candidature en cas de suspicion d'entente anti-concurrentielle ou dans l'hypothèse où l'attribution du contrat placerait l'entreprise en situation d'abus de position dominante. Cette dernière notion est plus délicate à apprécier.

Dans les deux hypothèses d'abus de position dominante ou d'entente anti-concurrentielle, le candidat évincé peut saisir directement le conseil de la concurrence parallèlement à la saisine de la juridiction administrative.

Pour apprécier la détermination du « marché pertinent » dans lequel l'abus de position dominante risque de se produire, il semblerait qu'il y ait une différence de méthode entre le Conseil de la Concurrence et le Conseil d'Etat.

La Haute Assemblée limite son examen au seul aspect du marché litigieux sans

²⁹⁶ Entreprise Jean Lefebvre Normandie Req. N°000697, AJDA 2000, p 842

²⁹⁷ Au vu de cette jurisprudence, il est possible de s'interroger sur la légalité au regard du droit de la concurrence de l'attribution courant année 2003 de la délégation de service public de la station de ski d'Orcières Merlettes (05). Au départ, 3 entreprises sont admises à présenter des offres : la société d'économie mixte sortante La SEMILOM, Transmontagne et Rémy Loisirs. Au final, la délégation est attribuée à Rémy Loisirs dans le cadre d'un partenariat avec la SEMILON : « *Il y aura ce qu'on appelle des participations croisées puisque la SEMILON sera actionnaire à hauteur de 40% de la SAS Rémy Loisirs et que Rémy Loisirs sera actionnaire à 40% dans la filiale immobilière de la SEMILON* », in revue Alpes et Midi du 7 novembre 2003, p9.

²⁹⁸ autocars Mariani Req. N°0100231 , AJDA 2003 p 738

²⁹⁹ **E Amblard , article précité p232**

prendre en considération des éléments extra-contractuels pouvant pourtant avoir une influence déterminante sur la concurrence³⁰⁰.

En appliquant ces données à la gestion des domaines skiables, il est possible qu'un abus de position dominante soit susceptible de naître à l'occasion de l'attribution d'une gestion déléguée d'un domaine skiable qui soit géographiquement au cœur d'un réseau commercial reliant différents domaines entre eux.

L'attribution d'une position commerciale stratégique peut conduire ce délégataire à évincer à terme d'autres concurrents de la gestion des domaines située en périphérie alors que les volontés des autorités délégantes pourraient être hostiles à cette gestion unique par le seul fait qu'elles n'ont pas délégué leur compétence en la matière à un organisme de coopération intercommunal pour regrouper les différents domaines skiables.

Une analogie en ce domaine peut être opérée avec la réglementation de l'urbanisme commerciale où la Haute Assemblée a estimé récemment que les commissions d'équipement commercial se devaient de prendre en considération dans leurs décisions les règles de la concurrence³⁰¹. Ainsi, une autorisation d'urbanisme commerciale mettant en position dominante une enseigne commerciale dans une zone de chalandise serait illégale.

§2.- Difficultés à négocier dans des conditions optimales un contrat de délégation de service public

³⁰⁰ O. Guézou : « La légalité d'un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », commentaire sous l'arrêt CE 3 novembre 1997, Ste Million et Marais, AJDA 1998 p 247 : « *En premier lieu, le juge administratif doit délimiter le marché pertinent. Il devrait s'inspirer largement de la méthode utilisée par les autorités spéciales de la concurrence, mais on peut craindre qu'il s'attache plus aux aspects juridique du marché (même si les autorités spéciales de la concurrence ne sont pas totalement insensibles à ce genre de considérations). Ainsi, dans ces conclusions, le commissaire du gouvernement, Jacques-Henri STAHL, estime que le Conseil d'Etat peut difficilement : « Intégrer dans l'examen de la légalité de la concession faite par une commune déterminée des éléments qui se rattachent à d'autres communes et qui ne feront que rarement l'objet d'un débat contradictoire » devant lui* ».

³⁰¹ C.E 30 Juillet 2003, req N° 227838, SA CAEN Distribution in AJDA du 10/11/2003 p2036 Les conclusions du Commissaire du Gouvernement Rémy Schwartz sont éclairantes sur ce point : « *Ce droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 irradie tout le droit public. Votre jurisprudence a évolué pour se fixer très clairement : aucune décision administrative ne peut avoir pour effet de permettre une violation du droit de la concurrence, dont l'abus de position dominante, qu'il s'agisse d'un acte réglementaire (ce sect. 3 novembre 1977, société Million et Marais, Lebon p406, et concl. J-h Stahl, p395 ; AJDA 1997, p945, chron. T-X Girardot et F. Raynaud ; CE 17 décembre 1997, ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, Lebon p491 ; AJDA 1998, p362, concl. J-D Combrexelle) ou d'un acte individuel (CE sect. 26 mars 1999, société EDA, Lebon p107 et concl. J-H Stahl p98 ; AJDA 1999, p427, concl.). Vous l'avez rappelé solennellement pour une mesure de police (CE sect. 22 novembre 2000, société L et p publicité SARL, Lebon p525 ; AJDA 2001, p198, note M-C Rouault) ainsi que pour un arrêté portant extension d'une convention collective (CE sect. 30 avril 2003, syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissements, AJDA 2003, p1150, chron. F. Donnat et D. Cassas). Il n'est pas possible d'invoquer le principe d'une indépendance des législations pour écarter l'application de ces règles de concurrence... ».*

A) Difficultés provenant des carences de l'autorité organisatrice

A.1- L'INSUFFISANCE DES MOYENS HUMAINS

Un des motifs invoqués du recours à une délégation de service public est le manque de moyens humains pour gérer le service public et en particulier en matière de remontées mécaniques³⁰². Mais déléguer ne résout pas le problème en la matière de l'autorité délégante puisqu'elle se trouve en face de la même difficulté pour passer un contrat de délégation de service public.

En effet, comme le relève la Cour des Comptes³⁰³, le recours à la gestion déléguée nécessite « *pour l'autorité délégante de se doter d'une capacité juridique, administrative et technique de négociation et de contrôle* » dont la plupart des collectivités délégantes sont dépourvues.

De surcroît atteindre ensuite l'objectif de suivre correctement l'application du contrat de gestion déléguée, présente même une charge financière supplémentaire par rapport au mode d'exploitation en régie d'après les constatations de la Cour des Comptes :

« Il est vrai que, par rapport à une exploitation en régie, la délégation implique un surcoût : le délégant doit contrôler le délégataire et assurer la rémunération d'agents de contrôle d'une compétence suffisante ; le délégataire doit engager des frais pour démontrer sa bonne volonté »³⁰⁴.

Ainsi, déléguer au seul motif de l'insuffisance des moyens humains ne constitue pas une solution à terme.

De même, invoquer les difficultés de gestion du personnel au regard des contraintes du droit de la fonction publique territoriale n'est pas plus justifié du fait précisément que le recours à une régie d'exploitation du domaine skiable à caractère industriel et commercial permet précisément d'échapper au droit public (sauf pour le directeur et le comptable).

En terme de ressources humaines pour les petites et moyennes stations, la problématique est le coût du recrutement de cadres qualifiés . C'est pourquoi, la création de pools de compétence adossés à une structure publique plus importante (département ou région) constituerait une solution pour résoudre cette déficience dans l'encadrement des régies en mutualisant la charge de ces postes qualifiés par des emplois répartis sur plusieurs structures .

A.2- L'INSUFFISANCE DES MOYENS FINANCIERS

Le second facteur et le plus important justifiant le recours à la gestion déléguée des domaines skiables, est celui du financement pour faire face aux besoins d'investissement

³⁰² J.F Sestier in C.R précité « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » p 7. « *En outre , ces collectivités ne bénéficient pas nécessairement des moyens humains suffisants pour gérer de telles infrastructures* ».

³⁰³ Rapport Public Cour des Comptes 1997 sur les services publics d'eau et d'assainissement Titre III .J.O . 1997 p 83-139

³⁰⁴ : **Rapport précité Cour des Comptes 1997.**

en matière d'équipements des remontées mécaniques³⁰⁵ .

Cependant, il existe une situation de monopole de quelques grands acteurs privés dans le secteur des remontées mécaniques limitant de ce fait le jeu de la concurrence³⁰⁶ .

Ce schéma de forces en présence est susceptible d'être préjudiciable à l'équilibre financier du contrat pour le délégant.

Le risque principal est de reporter pour la collectivité délégante le coût du financement à la fin du contrat.

En effet, les délégataires privés souhaitent pouvoir bénéficier d'une indemnité de fin de contrat alors que la nature juridique de droit public du contrat de délégation de service public s'oppose en principe à une valorisation de l'activité comme dans un fonds de commerce³⁰⁷ .

En attendant une réforme sur ce point dans le cadre d'un accroissement futur du partenariat entre secteurs public et privé , pour contourner cet obstacle juridique actuel, s'est développée la théorie de l'indemnisation contractuelle de l'exploitant à l'occasion des biens de retour et de reprise en fin de contrat³⁰⁸ .

Actuellement, déjà selon le type d'amortissement choisi contractuellement , l'autorité organisatrice peut être amenée à devoir racheter des biens pourtant déjà amortis par le délégataire.

Or, d'après l'article 42 de la Loi Montagne , la justification d'une durée contractuelle supérieure à 18 ans pour atteindre 30 années au maximum est précisément fondée sur

³⁰⁵ G Blanc-Tailleur Président de l'AMSFSHE in C.R précité « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » p 2 : « *Les communes qui souhaitent équiper leur domaine skiable doivent faire face à d'importants investissements qu'elles ne sont pas toujours en mesure d'assurer seules. A ce titre, la délégation de service public apparaît d'abord comme une recherche de financement* » .

³⁰⁶ Op. cité. revue Aménagement et Montagne N° 158 , Mars-Avril 2000 p.28 : « *Reprise de Superdévoluy par Transmontagne, OPA de la CDA sur sa filiale Méribel Alpina, reprise en gestion du Val d'Allos par Rémy Loisirs, prise de contrôle de la STM de Courchevel par la société des 3 Vallées...la concentration du secteur se poursuit activement. 6 groupes réalisent 47 % du chiffre d'affaires national.* » .

³⁰⁷ in C.R précité « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » , p 10 : « *La deuxième évolution a trait à la valorisation des actifs immatériels. Nous vivons ainsi avec un droit public qui nie l'existence de fonds de commerce. Lorsqu'une action commerciale est menée, il faut se poser la question de savoir comment il est possible de valoriser ce fonds de commerce à l'issue d'un contrat* » .

³⁰⁸ J. F Auby in C.R précité « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » p 11 : « *Sur le deuxième point, la plupart des contrats de concession établissent une distinction entre les biens de retour et les biens propres du concessionnaire. Il convient de mieux définir les modalités de valorisation de ces biens, dans la mesure où la valeur nette comptable ne correspond pas à la valeur d'usage : les remontées mécaniques fonctionnent plus longtemps que leur durée d'amortissement ne l'indique. Cela consisterait à dire que l'indemnité serait une combinaison de la valeur non amortie et d'un droit de reprise versé par le nouvel exploitant , quel qu'il soit. Il existe une justification économique à un droit d'entrée fondé sur l'exploitation d'un service édifié par un précédent exploitant* » .

les nécessités de l'amortissement technique.

Ainsi, la pratique des exploitants privés d'imposer des clauses financières de reprise des équipements déjà amortis selon leur valeur résiduelle ou vénale au lieu de la valeur nette comptable, a pour conséquence de rémunérer deux fois l'exploitant pour le même équipement réalisé³⁰⁹.

Compte tenu des enjeux financiers en cause, cela peut aboutir à déposséder en réalité la collectivité de la possibilité de reprendre en fin de contrat la gestion en régie portant atteinte au principe de réversibilité de gestion des services publics locaux³¹⁰.

En sus, employer les notions de valeur résiduelle ou d'usage fait courir un risque important de contentieux en fin de contrat du fait de la nécessité de devoir recourir à une expertise pour évaluer les biens³¹¹.

Par ailleurs, la réalisation d'investissements importants en fin de concession et en conséquence non amortis, fausse la concurrence lors du renouvellement de la délégation en raison de l'importance du rachat des biens de retour décourageant les candidats potentiels³¹².

Il y a lieu de relever qu'à l'initiative de l'ANEM, un projet de loi a été déposé courant 2003 (ASS. NAT. N° 1087 / SENAT N° 420) tendant à supprimer l'encadrement de la durée des contrats de délégation de service public des remontées mécaniques³¹³. Il n'est pas certain que le retour au droit commun du régime des délégations de service public

³⁰⁹ CRC PACA District du Queyras 07/01/2000 : «*En effet, l'objet d'une concession est de rendre le concédant propriétaire d'immeubles que le concessionnaire doit réaliser et amortir pendant la durée de la concession* » .

³¹⁰ *in avis du Conseil économique et social du 24 avril 2001 : La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux* » in MTP du 11/10/2002 – cahier détaché p 33 et s : « *Le principe de libre administration des collectivités locales implique aux yeux du Conseil, le libre choix du mode de gestion des services publics par les autorités compétentes élues, du moins si les services sont déléguables, ce qui n'est pas toujours le cas. Ce principe entraîne la nécessité de pouvoir modifier le choix périodiquement, à l'échéance d'un contrat ou par la mise en jeu de clauses de révision ou de résiliation. Le principe de réversibilité effective du choix découle du principe du libre choix* » .

³¹¹ J. F Sestier in C.R précité « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations » p 14 : « *Sur le plan financier, il faut absolument régler de manière très précise les questions liées à la fin du contrat, et notamment les modes de calcul de l'indemnisation due au délégataire, particulièrement en cas d'interruption anticipée du contrat. J'estime en effet que les clauses qui consistent uniquement à s'en remettre à des experts sont des clauses de laisser-aller. Ces points doivent être clairement déterminés. Il ne faut pas laisser des bombes à retardement à nos successeurs* » .

³¹² JF Sestier in compte rendu précitée de la table ronde organisée par l'AMSFSHE le 3/12/2002 p 25 :« *Je comprends bien votre point de vue sur les investissements matériels énormes à réaliser à quelques années seulement de la fin du contrat et qui ne peuvent être amortis pendant la durée restante du contrat. La seule solution consiste à considérer qu'il existe une valeur non amortie en fin de contrat qui sera à la charge de la collectivité, et à travers elle, du nouvel exploitant. J'estime cependant qu'il s'agit là de la meilleure manière de fausser le jeu de la concurrence, en faveur du sortant . En effet, lors de la mise en concurrence, le précédent exploitant dispose d'un avantage indéniable, puisque les sommes investies sont calées sur un emprunt. Ce système devient donc pervers. Pour une collectivité, le meilleur moyen de reconduire un candidat consiste à voir s'il a des valeurs non amorties en fin de contrat* » .

permettra en réalité une durée d'exploitation plus longue, puisque celle-ci est en principe fonction de la durée des amortissements des investissements à la charge de l'exploitant.

B) Difficultés inhérentes à la négociation d'un contrat de délégation de service public

D'une manière générale, une attention particulière doit être portée aux clauses financières du contrat de délégation. C'est ainsi que certaines imprécisions concernant la définition des recettes et dépenses d'exploitation peuvent avoir pour conséquence de faire varier notablement le calcul du résultat d'exploitation et de l'excédent brut d'exploitation³¹⁴ ; et donc la redevance versée à l'autorité organisatrice³¹⁵. De même, l'imprécision sur la répartition de certaines charges dans le contrat de délégation peuvent avoir pour effet de faire supporter par la collectivité publique le coût de travaux incombant normalement au délégataire³¹⁶.

L'autre écueil consiste à fortement atténuer, voir à supprimer, toute notion d'exploitation aux risques et périls : « *car déléguer ne veut pas dire uniquement avoir recours à une entreprise privée : encore faut-il que celle-ci prenne un minimum de risque* »³¹⁷.

C'est pourquoi, pour la Présidente de la chambre régionale des comptes de Haute-Normandie : « *la notion de risques et périls ne doit pas être détournée par la conclusion de clauses de sauvegarde garantissant le délégataire contre les pertes d'exploitation* »³¹⁸. De telles clauses existent pourtant en matière de gestion des domaines skiables³¹⁹.

De même, inclure dans le contrat de délégation de service public, une clause

³¹³ sources ANEM : « *Une modification des contrats d'aménagement touristique pour les rendre compatibles avec la loi SAPIN : les durées de 18 et 30 ans indiquées dans la loi montagne de 1985 sont supprimées pour laisser place au régime général de délégation de service public qui ne prévoit pas de durée : cela devrait permettre de mieux tenir compte de la durée réel des amortissements qui sont un des éléments importants de la conclusion des contrats (article 25).* » .

³¹⁴ CRC PACA Syndicat Mixte d'Allos 8/04/1999.

³¹⁵ Rapport précité Cour des Comptes 2001. p820 : « *Comptabiliser par exemple en dépenses d'exploitation une provision pour travaux de remise en état de la station au lieu de les amortir sur plusieurs années, aboutissait à diminuer la redevance annuelle du syndicat* ».

³¹⁶ CRC Auvergne Syndicat Mixte du Lioran 6/05/1998 : « *La convention de délégation du service des remontées mécaniques ne précise pas, en effet, avec une clarté suffisante les conditions de la répartition des charges entre la SEM, la société Transmontagne et le syndicat* ».

³¹⁷ Michel Giordano et M.P Chanlair in « Choisir le mode de gestion d'un service public – services publics locaux », Etudes et documents Cahier détaché de la Gazette des C-D-R du 4/02/2002 p 275.

³¹⁸ D. Lamarque in « Colloque Institut de la gestion déléguée – 10^{ème} anniversaire de la loi Sapin » Etudes et documents Cahier détaché de la Gazette des C-D-R du 30/06/2003 p 252.

garantissant automatiquement par l'autorité organisatrice les emprunts souscrits par le concessionnaire est critiquable³²⁰ car cela revient en fait à reporter le risque financier sur la collectivité et enlève tout intérêt au recours à une société commerciale dotée de fonds propres précisément en vue de garantir la souscription d'emprunts. De plus, une telle clause s'apparente à un détournement des dispositions de l'article L 2252-1 du code des collectivités territoriales qui encadrent les garanties d'emprunt. Il est donc permis de s'interroger sur sa validité juridique.

Le recours à une durée excessive de délégation poursuit également l'objectif d'atténuer le risque de gestion pour l'exploitant. Or, en matière d'exploitation du domaine skiable, une gestion supérieure à 18 années doit être particulièrement justifiée³²¹; ce qui n'est pas le cas pour un investissement ferme de seulement de 3 millions d'Euros. A cet égard, un programme indicatif d'investissement supplémentaire ne peut être pris en compte pour justifier de la durée de la convention ni la carence de l'autorité délégante à assurer par elle-même le service public des remontées mécaniques³²².

Enfin, il y a lieu d'avoir à l'esprit que le recours à l'affermage par comparaison avec la concession laisse subsister pour la collectivité délégante la charge des grosses réparations et du renouvellement des équipements, et fait donc peser à terme sur l'autorité organisatrice un coût financier important à supporter³²³.

C) Difficultés provenant de la procédure « Loi Sapin »

En premier lieu, il existe des incertitudes de la notion de délégation de service public.

Si la Loi " Sapin " du 29 Janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques institue une procédure

³¹⁹ CRC Rhône-Alpes 14/04/1999 Cne de Villards de Lans : « *La convention prévoit également (article 13) : En cas d'enneigement insuffisant pendant toute une saison, ayant entraîné une chute de plus des deux tiers du nombre de passages des skieurs, par rapport au nombre moyen de passage de skieurs au cours des trois exercices précédents, les parties conviennent de s'entraider dans l'intérêt du service public.* Le dernier alinéa de l'article 13 stipule : Si un tel cas se produirait, il aurait pour effet de suspendre pour cette année considérée le versement de la redevance. Cette clause n'est pas critiquable dans son principe. Par rapport aux pratiques antérieures, il apparaît même préférable que cet aspect des relations entre les parties ait été défini a priori. Cependant, l'interprétation des stipulations relatives à la suspension du paiement de la redevance est susceptible de présenter des difficultés. Ces stipulations ne paraissent pas pouvoir être interprétées comme impliquant que la redevance cesse d'être due (la créance de la commune n'étant pas éteinte), mais seulement qu'elle n'est plus exigible. Il est regrettable que la convention n'ait pas prévu les conditions dans lesquelles la redevance redeviendrait exigible (par exemple, lorsque l'activité des saisons suivantes aura atteint un certain niveau) » .

³²⁰ CRC Rhône-Alpes Cne de Chamrousse 18/07/2000 : « *Certaines clauses du contrat de concession sont critiquables : ...la convention comporte une clause de garantie par l'autorité concédante des emprunts contractés par le concessionnaire.* ».

³²¹ CRC Rhône-Alpes Cne de Corençons en Vercors 14/04/1999 : « *Cette convention a été conclue pour une durée de 30 ans, qui correspond à la durée maximum prévue par l'article 42 de la loi du 9 janvier 1985. Ni la convention, ni la délibération du conseil municipal en date du 25 avril 1985, qui en autorisait la signature, ne comportent d'indication sur ce point, alors que, selon le texte précité, une convention de cette nature ne peut être supérieure à 18 ans : que si elle est justifiée par la durée d'amortissement technique ou lorsque le contrat porte sur des équipements échelonnés dans le temps* » .

de dévolution pour la passation de contrat de délégation de service public, elle ne définit pas pour autant cette notion.

Par un arrêt du 15 Avril 1996³²⁴, le Conseil d'Etat donne une définition de la notion du marché public (ce que ne faisait pas le code) et établit de ce fait la frontière avec les délégations de service public. Aux termes de cet arrêt, sont des marchés tous : *"les contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation"*.

Cette définition "à contrario" de la notion de délégation de service public est considérée comme *"suffisamment opératoire"* par Mme Catherine Bergeal³²⁵ pour qui le *« recours à la notion de résultat nous paraît particulièrement approprié »* pour distinguer un marché d'une délégation de service public.

Dans ses conclusions sur l'arrêt SMITOM Centre Ouest Seine et Marnais³²⁶, Mme Catherine Bergeal réitère sa position doctrinale quant à la séparation entre marché et

³²² 322 CRC Rhône-Alpes Cne de Villard de Lans 14/04/1999 : *« Ce programme, qui fait l'objet de l'annexe 3 à la convention, est constitué pour le remplacement du télésiège des Crêtes par un télésiège débrayable de 4 ou 6 places dont le coût prévisionnel est de l'ordre de 20 millions de francs, et qui doit avoir été réalisé et être opérationnel au plus tard en 2006. Cette annexe à la convention mentionne aussi, mais comme non contractuels, les projets suivants, devant être réalisés au cours de la période 1996-2006, cette information étant donnée afin de permettre au concédant d'apprécier l'évolution du domaine skiable concédée et les sommes que représentent les investissements nécessaires au maintien d'un service concurrentiel et de qualité pour les usagers : remplacement des cabines du télécabines de la côte 2000 (coût estimé : 5 MF), retenue d'eau pour l'alimentation de l'enneigement artificiel (coût estimé : 10 MF). Malgré l'importance de ces investissements, l'engagement pris par le délégataire ne porte que sur une partie d'entre eux. Dès lors, et alors même qu'aucune remarque n'aurait été faite sur ce point par le préfet dans le cadre du contrôle de légalité, une durée aussi longue paraît excessive. Si la commune indique avoir pris en considération les circonstances qu'elle ne serait pas en mesure d'exploiter elle-même son domaine skiable, que l'enneigement est aléatoire et que l'engagement de longue durée souscrit par l'exploitant représente pour elle une garantie, de tels motifs ne sont pas toutefois au nombre de ceux qui peuvent être légalement retenus pour déterminer la durée d'une convention de cette nature ».*

³²³ CRC Rhône Alpes 15/06/1999 SEM de Thollon. : *« Aux termes de la convention du 28 octobre 1996, d'une durée de 15 ans, le délégataire du service public-La SEREM- s'engage à verser un montant annuel de 240 000 F l'autorité organisatrice-la commune- qui garde à sa charge : les grosses réparations ainsi que les réparations qui deviendraient nécessaires au clos et au couvert des immeubles, le renouvellement et le changement des installations de remontées mécaniques, le balisage des pistes, le nivellement le modelage des terres l'arboraison et l'ensemencement. L'obligation de renouvellement des installations n'a pas fait l'objet de prévisions financières ni de mesures budgétaires et comptables de financement par des provisions. ».*

³²⁴ Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc, Req n° 168325, AJDA 1996 p.806. Par cette décision, la Haute Assemblée ne se limite pas à juger que la Loi SAPIN *« n'a pas eu pour objet et ne saurait être interprétée comme ayant pour effet de restreindre le champ d'application du Code des Marchés Publics »* en soustrayant de son régime tous les contrats ayant pour objet l'exécution d'un service public. En ce sens Didier Chauvaux et Thierry Xavier Girardot in *« Incidence la Loi SAPIN sur le champ d'application du Code des Marchés Publics »*, Chroniques de Jurisprudence AJDA 1996 p 729.

³²⁵ conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 Avril 1999, Req N° 156008, Commune de Guilhaumand – Granges, AJDA 1999 p 517.

³²⁶ C.E. du 30 Juin 1999, Req N° 198147 in AJDA 1999, p. 714.

délégation de service public. Dans un cas, l'exploitant est rémunéré par un prix versé par la collectivité et c'est donc un marché. Dans l'autre cas, l'exploitant se rémunère substantiellement sur l'exploitation du service. C'est cet aléa économique au niveau de la rémunération qui définit la délégation de service public et la départage du marché ³²⁷.

Dans le prolongement de cette politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, la Loi Murcef N° 2001-1168 du 11 Décembre 2001 portant mesures d'urgence à caractère économique et financier a codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT, la notion de délégation de service public en ces termes :

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

Cette construction jurisprudentielle puis légale de la notion de délégation de service public se heurte pourtant à plusieurs difficultés d'application.

En effet, le risque financier pris par l'exploitant est parfois difficilement appréciable avant la gestion déléguée pour définir la nature juridique du contrat à conclure.

Traditionnellement, étaient considérées comme contrats de délégation de service public : la concession, l'affermage, la gérance et la régie intéressée. Depuis la jurisprudence précitée Commune de Guilherand – Granges, la gérance relève du Code des Marchés Publics puisque le gérant est rémunéré de façon forfaitaire par la collectivité.

Dans l'arrêt précité *SITOM COSM*, la Régie intéressée est maintenue dans le champ de la délégation de service public dans la mesure où dans le cas d'espèce, la rémunération de l'exploitant était substantiellement assurée à hauteur de 30 % par les recettes d'exploitation. Dans une régie intéressée, le régisseur perçoit de la collectivité une part fixe constituant la base de sa rémunération ainsi qu'une part variable l'associant aux résultats d'exploitation, soit de manière positive, soit de façon négative en constituant une « moins value » à déduire le cas échéant de sa part fixe.

Or, dans une ordonnance du 26 Novembre 2001, le Tribunal Administratif de Besançon a qualifié de marché public, un contrat de gérance intéressée du fait que l'exploitant était rémunéré par un prix et que son intéressement à la gestion financière était très limité quant aux éventuels résultats d'exploitation ³²⁸.

Cette fluctuation de la jurisprudence quant à la qualification de la Régie intéressée peut être pénalisante pour les élus locaux puisque marchés et contrats de délégation de service public ne relèvent pas des mêmes procédures d'attribution.

Le critère de la rémunération substantielle liée aux résultats d'exploitation renvoie : « aux notions de risque économique et d'équilibre financier du contrat » ³²⁹.

³²⁷ Catherine Bergeal, conclusions sur Arrêt C.E. du 30 Juin 1999, *SITOM C.O.S.M.* précité : « ce qui est déterminant pour s'assurer de l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service public, c'est, en fin de compte, que l'équilibre financier du contrat dépende des recettes engendrées par l'exploitation du service ».

³²⁸ cité par O. Raymondie, in « une Régie intéressée peut être qualifiée de marché public », *AJDA* 2002 p 338.

Cas par cas, il faut donc étudier l'assiette de calcul du risque d'exploitation en différenciant pour la part variable de la régie intéressée, le risque de pertes du risque d'absence de gain supplémentaire. Or, l'évaluation du risque pris par l'exploitant est également dépendant de son assise financière³³⁰.

Ainsi, le critère de distinction entre Marché Public et Délégation de Service Public peut se révéler incertain et conduire à des difficultés de qualification juridique préjudiciable à la sécurité des procédures administratives à entreprendre.

Dans une réponse du 5 mai 2003, le Ministre reconnaît que la notion de délégation de service public peut être très délicate à qualifier³³¹. Une subvention d'équilibre à l'expiration du contrat qualifie les relations contractuelles de marché public, rejoignant ainsi la position de la commission des Communautés Européennes³³².

Par ailleurs, sur le plan formel de la procédure de délégation de service public, il convient d'être attentif au respect des différentes règles de droit dont notamment la nécessité:

³²⁹ Aldo Sevrinq et Alexandre Gauthier, in « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation : le cas de la Régie intéressée », AJDA 2003 p 828.

³³⁰ David Moreau : « pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », AJDA 2003 p.1418 : « une appréciation maximaliste du risque financier pesant sur le cocontractant pourrait aussi conduire à prendre en compte la surface financière de celui-ci ou sa capacité à mutualiser les risques encourus sur plusieurs contrats. (v déjà en ce sens J.M. Perical, note sous C.E. 30 Juin 1999, SMITOM, AJDA 1999, p. 715) : un contrat laissant à la charge du cocontractant un déficit potentiel de 5 % ferait en effet, assumer à une association ou une petite entreprise un véritable risque alors qu'un tel aléa serait beaucoup plus facilement absorbé par une grosse entreprise déjà titulaire de plusieurs contrats ».

³³¹ Question N°7480 , réponse publiée au JOAN le 05/05/2003, page 3527, site internet Achatpublic.com le 23/05/2003 : « Un contrat public fortement subventionné peut-il être une DSP ? : Bien que définie dans le cadre de la Loi Murcef du 11 Décembre 2001, la délégation de service public (DSP) reste très délicate à qualifier dans certaines situations. En témoigne le cas suivant posé par Jean-Marie Aubron, le sénateur de la Moselle, au ministère de l'Intérieur : un contrat passé entre une commune et une entreprise privée, pour exploiter un service public administratif déléguable, peut-il être considéré comme une DSP lorsque les recettes du délégataire représentent environ 20 % du coût réel du service, la commune lui versant directement les 80 % restants afin de rééquilibrer les charges de cette activité et de lui assurer une marge bénéficiaire ? Selon le ministère de l'Intérieur, le critère de la rémunération apparaît comme difficile à appliquer pour définir une DSP car il dépend de l'appréciation du juge au cas par cas. Le Conseil d'Etat a considéré comme étant une DSP un contrat pour lequel les recettes du délégataire s'élevaient à 30 % du coût total d'exploitation (décision du 30 Juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine et Marnais) ; Mais d'autres arrêts ont fixé cette rémunération à 20 % ou encore 10 %. En fait, analyse le ministère de l'Intérieur, la rémunération traduit surtout la mise en œuvre concrète d'un principe plus vaste : celui du risque d'exploitation. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis que, lorsqu'un risque d'exploitation est reconnu pour le délégataire, le contrat, même s'il est fortement subventionné, peut être qualifié de DSP si une partie suffisante de l'aide publique présente un caractère réellement aléatoire pour le cocontractant. Concernant les subventions d'équilibre, un arrêt récent accepte la définition de DSP à condition que cette subvention soit calculée en début d'activité à partir d'un budget prévisionnel théorique (CAA Marseille, 5 mars 2001, Préfet du Var). En revanche, n'est pas considérée comme une DSP un contrat pour lequel la subvention est calculée en fin d'exercice et assure une marge bénéficiaire au cocontractant. Car dans ce contexte, le délégataire ne prend aucun risque financier ».

- d'attendre que la délibération de l'assemblée délibérante habilitant son exécutif soit exécutoire, avant signature du contrat ³³³ sans quoi l'acte est nul de droit comme l'a jugé la juridiction administrative à propos de la convention d'exploitation du domaine skiable de la commune de Pralognan la Vanoise ³³⁴ .
- de publier un avis d'attribution sans quoi le délai de recours des tiers ne court pas ³³⁵

Enfin la directive ministérielle ³³⁶ de dissocier le contrat d'exploitation du domaine skiable de la convention de prestation de secours sur pistes met l'autorité délégante en situation délicate pour négocier au mieux le second contrat. En effet, cette prestation risque d'être payée fort chère par la collectivité délégante.

§ 3 – Les difficultés rencontrées dans l'exécution de la convention

Les rapports des Chambres Régionales des Comptes font apparaître un certain nombre de dysfonctionnements dans l'application des conventions de délégation de service public des remontées mécaniques qui sont préjudiciables aux intérêts des collectivités délégantes.

³³² Note de communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire en date du 12/04/2000 :

« Si le remboursement des financements était assuré par le pouvoir adjudicateur sans un aléa lié à la gestion de l'ouvrage l'élément de risque ferait défaut et le contrat devrait être qualifié de marché de travaux et non de concession. De plus, le concessionnaire

reçoit, de façon directe ou indirecte, pendant la durée du contrat, voire même à son expiration une rémunération (sous forme de remboursement, couverture des pertes, etc.) autre que celle liée à l'exploitation, le contrat ne pourrait plus être qualifié de concession. L'autorité organisatrice est souvent amenée à jouer le rôle de banquier en consentant

des avances financières à sa SEM délégataire sous forme d'avances remboursables ³³⁷

ou en retardant le recouvrement de la Taxe « Loi Montagne » sans appliquer les pénalités

³³³ CRC Rhône Alpes 14/04/1999 Cne de Villard de Lans : « la convention a été signée le 14 juin 1996, alors que la délibération du conseil municipal, en date du 13 juin 1996, habilitant le maire à ce faire, n'a été transmise au préfet que le 19 Juin 1996. La convention a donc été signée par une autorité incompétente (C.E Avis 10/06/1996. Préfet de la Côte-d'Or. J.O 4/07/1996 p 10114), ce qui crée une situation d'insécurité ».

³³⁴ CAA Lyon 19 mars 1998, req N 96 Lyo2557, Pralognan la Vanoise site Légisfrance et publié au Leb.

³³⁵ CAA de Marseille 18 juin 1998, Syndicat Mixte d'Allos, req N° 97MA00677, publié au Lebon et sur site Legisfrance.

³³⁶ Cir. Int. du 4 décembre 1990 relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond. Extrait Art I.B.2.e. : « Contrats de prestations de secours : En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une commune passe avec l'un des prestataires mentionnés ci-dessus un contrat pour l'exécution de prestations de secours strictement définies.....Ce contrat doit être distinct du contrat de concession éventuellement passé par la commune et l'opérateur d'aménagement touristique tel qu'il est défini à l'article 42 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 déjà citée » .

³³⁷ CRC Midi Pyrénées – 16/05/2000 – Commune d'Aragnoet : « dès la concession du service des remontées mécaniques à la SEM en 1992, il a été convenu entre la Commune et la Société que pour pallier la réticence des banques à octroyer des crédits directement à la société, à sa demande, une aide à l'équipe remboursable (...). En contrepartie, un avenant sur le montant de la redevance initiale sera établi (délibération du 30 octobre 1992). De 1992 à 1998, la Commune a ainsi attribué à la SEM 15 MF d'avances remboursables appelées à tort subventions d'investissement. La Chambre fait observer qu'une Commune ne peut régulièrement jouer à l'égard de la SEM le rôle de banquier aux lieu et place des Etablissements financiers ».

contractuelles³³⁸ .

Sa contribution financière est sollicitée pour prendre en charge une partie des déficits d'exploitation par exemple dans le domaine de l'entretien des pistes³³⁹ , ou pour verser des subventions d'équilibre non justifiées au regard de l'équilibre réel du contrat³⁴⁰ ou voire même en dispensant le délégataire du paiement d'une redevance d'exploitation³⁴¹ .

La collectivité concédante arrive finalement à assurer le risque d'exploitation des remontées mécaniques soit aux termes de montages juridiques hasardeux³⁴² ou même à l'encontre des clauses contractuelles d'origine³⁴³ .

Par ailleurs, il arrive couramment que soit sous-estimée la valeur des biens mis en concession³⁴⁴ ou affermés³⁴⁵ .

³³⁸ CRC Rhône Alpes 14/04/1999 Corençon en Vercors : « la SEVLC ayant rencontré des difficultés du fait du mauvais enneigement, le Conseil Municipal a décidé de ne pas appliquer de pénalités sur les sommes dues au titre de la redevance et de la taxer sur les remontées mécaniques, par délibération du 24 Juin 1994. Or, le régime de cette taxe résulte des dispositions législatives et réglementaires que le Conseil Municipal n'a pas le pouvoir de modifier (ainsi d'ailleurs que le comptable de la commune l'avait rappelé au Maire par une lettre du 4 Mai 1991) ».

³³⁹ C.R.C. Rhône Alpes 11/09/2001 Commune de Val d'Isère. Cette Commune gère en régie son service des pistes et son exploitant lui verse en contrepartie une redevance pour l'entretien des pistes. Mais cette contribution : « ne couvre qu'une partie du coût correspondant, l'équilibre de ce service étant assuré par une subvention communale ».

³⁴⁰ CRC Rhône Alpes 9/08/1999 Commune de Termignon : « Les délibérations postérieures à l'avis de la Chambre ont motivé le versement de subvention à la SEM par l'importance des contraintes de service public imposées à celle-ci, concernant notamment la sécurité du domaine skiable. Ainsi, par délibération du 17 Décembre 1992, la Commune a reconnu imposer des contraintes de fonctionnement à la SEM telles qu'elles justifient une éventuelle prise en charge par la collectivité comme le prévoit l'article 322.5. du Code des Communes. Ces motifs ont été repris et précisés chaque année. En 1994, par exemple, le Conseil Municipal reconnaît qu'il oblige la SEM à fonctionner comme service public malgré un déficit en lits touristiques et alors que les importants investissements réalisés ne peuvent être équilibrés par les tarifs. Cette rédaction omet de préciser que c'est la commune qui a pris en charge la plus grande part des investissements en question (30 MF) » .

³⁴¹ CRC Rhône Alpes 24/08/2001 Commune de Saint Gervais les Bains : « les concessionnaires de remontées mécaniques, s'ils reversent la taxe sur les remontées mécaniques, ne payent aucune redevance de concession à la Commune contrairement à l'usage » . ou bien CRC Rhône Alpes 9/08/1999 Commune de Termignon : « La Commune a renoncé à percevoir sa rémunération d'autorité organisatrice ».

³⁴² CRC PACA 8/04/1999 Syndicat Mixte Pra Loup. Par contrat en date du 22 décembre 1994, le syndicat mixte a confié, pour une durée de 15 ans, à la SEM Ubaye- Développement l'exploitation à ses risques et périls de l'ensemble des biens installations des remontées mécaniques du domaine skiable de Pra-Loup. Par un autre contrat daté du même jour, comme cela était autorisé, la SEM sous-traitait, pour la même durée de 15 ans, l'exploitation à la Société Transmontagne. Dans ce montage complexe, le sous-traitant est assuré de sa rémunération tandis que le déficit d'exploitation est supporté par la SEM Locale, faisant office de société écran. En définitive, le risque financier est assurée par la collectivité délégante comme le relève la Chambre Régionale des Comptes : « l'utilité d'une société d'économie mixte qui coûte plus d'un million de francs n'a pas été démontrée ; quant au contrat de gestion passé avec l'exploitant , si la Chambre ne peut, faute d'éléments de comparaison, se prononcer sur ses modalités financières, elle peut , en revanche, constater que la totalité des risques et assumée par un syndicat mixte ».

B) Une présentation défectueuse des comptes du délégataire

Les comptes des délégataires manquent de transparence d'une manière générale³⁴⁶, et en particulier dans le domaine patrimonial³⁴⁷.

En outre, les obligations en matière d'information des membres de l'assemblée délibérante de la collectivité délégante ne sont pas toujours respectées³⁴⁸.

C) Un effacement de l'autorité concédante en matière de tarification

³⁴³ CRC PACA. 26/06/2000 Commune d'Isola : « conformément à la philosophie d'une concession, l'opération devait se révéler une source de profits pour la Commune tout en la délestant des charges inhérentes à la gestion directe. Le concessionnaire lui versait une redevance annuelle sur les recettes des remontées mécaniques, prenait à sa charge les investissements relatifs aux équipements et exploitait la station à ses risques et périls. Une éventuelle mise à contribution de la Commune apparaissait exceptionnelle. En fait, la concession s'est très vite éloignée des hypothèses de départ : la Commune a été progressivement mise à contribution alors que son pouvoir d'influence restait marginal... La Commune se retrouvant en situation d'endosser des risques financiers exagérés qu'elle ne contrôlait pas ».

³⁴⁴ en ne suivant pas leur état. C.R.C. Rhône Alpes. Commune d'Alpes d'Huez. le 12/02/2003 : « par ailleurs, il n'y a pas d'inventaire des biens mis en concession »

³⁴⁵ en n'exigeant pas une redevance d'usage calculée en fonction de la valeur réelle d'utilité des biens. C.R.C. Rhône Alpes 25/06/2001 Bourg Saint Maurice : « la mise à disposition de la Société exploitante d'équipements dont la commune est propriétaire implique normalement, en contre partie, le versement par la société d'une redevance d'usage. Cette redevance, qui correspond au droit d'usage d'un bien appartenant à autrui, est indépendante du mode de financement du bien. A cet égard, la pratique en vigueur à Bourg Saint Maurice, qui consiste implicitement à fixer le montant des redevances d'usage en fonction de l'annuité des emprunts souscrits par la Commune pour financer la construction des installations mise à disposition, n'apparaît pas adaptée. Elle conduit, en effet, à exonérer l'exploitant de la redevance d'usage si l'équipement est entièrement autofinancé ou lorsqu'il demeure en service après que les emprunts ont été remboursés. Il conviendrait en conséquence, de faire en sorte que l'exploitant acquitte une redevance d'usage qui soit fonction de la valeur d'utilité des biens mis à disposition ».

³⁴⁶ C.R.C. Rhône Alpes 15/04/1999; Syndicat Intercommunal de la Grande Plagne : « la convention stipule que le délégataire doit présenter à l'autorité organisatrice une fois par an, dans les 6 mois de la date de clôture de son exercice social le bilan et son annexe de l'exercice écoulé. Cette obligation a été satisfaite mais ne permet pas une information satisfaisante de l'autorité délégante. La convention est en effet insuffisante au regard de l'article 40-1 de la Loi du 29 Janvier modifiée qui impose désormais au délégataire d'un service public de produire un compte rendu spécifique de l'exécution de sa mission. Actuellement, aucun autre document que les comptes sociaux du délégataire n'est transmis au SIGP. Le compte-rendu financier du délégataire pourrait présenter des retraitements détaillés et expliqués permettant de montrer aux assemblées délibérantes et aux autorités de contrôle, le lien qui existe entre les comptes sociaux de la S.AP. et l'exécution de ses obligations ».

³⁴⁷ C.R.C. Rhône Alpes 25/06/2001 Bourg Saint Maurice : « Enfin, la Chambre comme l'a fait pour la dette, insiste sur le nécessaire suivi, dans les documents comptable et budgétaires, du patrimoine immobilier, les catégories d'immobilisations devant pouvoir apparaître dans lesdits documents. Les enjeux sont en effet importants : du statut juridique du bien dépend la responsabilité et la charge de l'entretien ainsi que de l'amortissement, un bien mis à disposition doit être répertorié comme tel dans les comptes de la collectivité et dans ceux du destinataire du bien, un bien mis à disposition qui disparaît suppose une révision de la redevance d'usage et un remboursement anticipé de la dette correspondante ».

La collectivité délégante a trop souvent tendance à s'en remettre à son gestionnaire pour déterminer la tarification³⁴⁹.

Or pour des raisons historiques³⁵⁰, la fixation des tarifs des services publics locaux constitue une prérogative de la collectivité organisatrice.

§ 4) Le Mode d'exploitation en Régie au risque du nouveau paradigme du partenariat Public – Privé (PPP)

A) Exposé des montages contractuels du PPP

Les contrats globaux de construction – Exploitation - Financement des infrastructures publiques ont le vent en poupe en Europe. Dans le cadre d'un même montage juridique sont associés dévolution du contrat et financement privé de l'opération. Inspirés du monde économique anglophone et désignés sous l'appellation générique de « partenariat Public-Privé », ces contrats globaux recouvrent en réalité une diversité de techniques contractuelles³⁵¹.

Ces procédés contractuels complexes s'inscrivent dans des programmes étatiques de financement privé des infrastructures publiques connus sous l'appellation de « *Private Finance Initiative* » (PFI)³⁵² et initiés en Angleterre dans les années 1990 pour aboutir à la

³⁴⁸ C.R.C. Rhône Alpes 12/02/2003, Commune d'Alpe d'Huez / SATA: « *En dehors de l'approbation des conventions et avenants, il n'apparaît pas que le Conseil Municipal soit régulièrement tenu informé des activités de la SATA et qu'en particulier, les dispositions de l'article 15244 du CGCT relatives à la présentation au moins une fois par an au conseil municipal d'un rapport écrit par les représentants de la Commune au Conseil d'Administration de la SEM, rapport sur lequel l'assemblée délibérante doit se prononcer, soient respectées* ». ou CRC Rhône Alpes 14/02/2002 Commune de Chamonix : « *quelle que soit la société concessionnaire retenue, la loi SAPIN met un certain nombre d'outils à la disposition de l'autorité délégante, pour le bon déroulement de la délégation de service public, s'agissant notamment de la possibilité de prévoir des clauses résolutoires en cas d'inobservation des dispositions du contrat et de la clause de production d'un rapport annuel* ».

³⁴⁹ CRC Rhône Alpes 14/02/2002 Commune de Chamonix : « *Enfin, le pouvoir de l'autorité délégante doit être exercé en matière de tarification, en vertu de l'article 40 de la Loi du 29 janvier 1993, repris à l'article L. 1411-2 du CGCT* ».

³⁵⁰ M. Long, in ouvrage précité « Services publics industriels et commerciaux : questions d'actualités », p.44 : « *La marque du droit public et de la prérogative de puissance publique se retrouve dans le fait qu'au début du vingtième siècle le pouvoir concédé au concessionnaire de lever des contributions sur les usagers a été analysé comme un pouvoir de lever des taxes et donc des contributions fiscales* ».

³⁵¹ Extrait de la brochure « Pour un nouveau partenariat Public – Privé dans les infrastructures et équipements publics », Editée en Novembre 2001 par l'Association des Entrepreneurs Français Internationaux, p-6, site Internet SEFI : « *Cela va des « projets en conception – construction- location (DBL) où la prise de risques est réduite, à la concession (BOBT) où le prix de risques est maximale, en passant par la conception – construction- location - maintenance, ou encore la DBFO britannique* ».

³⁵² P. Cossalter, ouvrage précité p 14 : « *Parmi l'ensemble des procédés contractuels globaux, le sigle PFI est venu à désigner plus particulièrement le contrat DBFO (Design, build, Finance and Opérate) c'est à dire un contrat de conception – construction- financement et gestion dans lequel le cocontractant est essentiellement rémunéré par un prix versé par l'administration* ».

réglementation sur l'investissement des autorités locales de 1997³⁵³.

D'après ses promoteurs, le succès du PPP et en particulier du PFI repose sur le double avantage : un financement privé des infrastructures publiques allégeant d'autant les finances des pouvoirs publics, ainsi que l'apport technologique et gestionnaire du secteur privé traversant toutes les phases de l'opération : conception – construction - exploitation.

C'est ainsi qu'une analyse des économies réalisées en recourant au PPP serait de l'ordre de 17 % par rapport à une réalisation en Régie³⁵⁴.

La suprématie du modèle atteint son apogée avec l'introduction dans la clause de rémunération du cocontractant, d'un catalogue d'indicateurs de performance modulant à la hausse ou à la baisse la contribution de l'Administration.

B) Critiques du PPP

Après la méthode de la « *Rationalisation des choix budgétaires* » (RCB), censée définir dans les années 60 les bonnes options budgétaires jusqu'à ce que ses effets pervers soient mis en lumière, le partenariat Public-Privé repose sur une nouvelle démarche de rationalisation des modes de gestion au profit du secteur privé grâce à un nouvel outil d'évaluation des coûts apparu dans la décennie 90 : « *the Public Sector Comparison* »³⁵⁵.

La pertinence économique de cette méthode de calcul de l'optimisation des coûts prévisionnels est apparue critiquable à l'expérience.

En effet, l'établissement de ce procédé manque d'abord de recul pour pouvoir affirmer l'infailibilité de ses conclusions en faveur de la supériorité du choix à la gestion privée par préférence au secteur public³⁵⁶.

C'est ainsi qu'une étude initiale démontrant un gain de 17 % d'économie en recourant à un PPP pour la construction d'un Hôpital plutôt qu'au mode en régie³⁵⁷, s'est soldée en définitive par une économie de 3%³⁵⁸.

Face à ces écarts entre Prévisions et Réalisations, certains n'hésitent pas à mettre

³⁵³ Local Authorities Capital Finance Régulation.

³⁵⁴ P. Cossalter – ouvrage précité p-72.

³⁵⁵ Patrice Cossalter, ouvrage précité P. 32 : « *Littéralement le comparateur du secteur public ou CSP°. Le Comparateur du secteur public est un indicateur du coût global de la réalisation de travaux ou de la gestion d'un service par l'administration. La recherche de la value for Money consistera à comparer la CSP avec les coûts prévisibles d'un contrat de PFI* ».

³⁵⁶ Patrice Cossalterouvrage précité p. 72 : « *Les premières analyses des résultats de la PFI ont été menées en Décembre 1999 avec un rapport rendu par Arthur Andersen au Treasury Taskforce. Cette étude menée sur 29 projets en cours d'exécution fait état d'une économie estimée à 17 % par rapport à une réalisation en « régie » (in house). Ce résultat doit être relativisé. D'une part, les méthodes de comparaison peuvent être soumises à caution car, comme pour le Public Sector Comparator, l'évaluation de la performance publique est un exercice difficile et les données ne sont jamais que des extrapolations. Par ailleurs, les économies attendues de la PFI portent essentiellement sur la phase d'exploitation. Or, celle-ci a à peine débuté dans la plupart des cas* ».

en exergue le caractère idéologique du PSC empreint de philosophie néo-libérale en matière économique.

Dans de nombreux domaines, la comparaison de l'efficience ne tourne pas à l'avantage du secteur privé notamment dans le domaine de la santé. C'est ainsi que les USA consacrent 15 % de leur PIB dans ce secteur largement dominé par une gestion privée alors que la Province du Québec ne consacre que 7 % de son PIB avec un secteur public prédominant³⁵⁹.

Les coûts induits par le recours au montage complexe du PPP sont occultés. Il faut prévoir une charge pour la collectivité contractante de l'ordre de 1,8 % du montant du contrat pour les frais de passation ainsi que des frais de contrôle d'exécution du contrat de l'ordre de 3 à 4 %.³⁶⁰

Le recours au PPP s'accompagne d'un montage juridique complexe, enfermant les

³⁵⁷ Le mot « régie » à propos d'opérations d'équipements publics désigne avant tout la fonction de « maître d'ouvrage dans l'exécution des travaux » assurée par l'Administration ; alors qu'elle est dessaisie de ce rôle dans le cadre du partenariat public-privé.

³⁵⁸ Etienne Amblard, in « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux. », cahier détaché de la Gazette des C-D-R N°2 du 6 octobre 2003, p. 251 : « Il existe également de nombreux exemples où la mise en œuvre du « PSC » s'est opérée au détriment du secteur public. Un rapport de la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes britannique, consacré au financement du nouvel hôpital de « Gravesham et Dartford » illustre ainsi le caractère délicat de la démarche de comparaison. Alors que, lors de la signature du contrat portant sur la rénovation de cet hôpital en 1997, l'économie escomptée était évaluée à 17 millions de livres par rapport à un mode de financement en régie (soit 17 % du coût total) une nouvelle analyse plus poussée a révélé en 2000 qu'elle n'était en réalité, que de 5 millions de livres (soit 3 % du coût total). Pour expliquer cette mauvaise évaluation, le rapport mentionne notamment la sous-évaluation des performances de la gestion publique (fondée sur les résultats faibles du passé, elle n'intégrait pas les réajustements tirés de ces premières expériences) et des erreurs lors du calcul du « PSC » (ce dernier avait été établi au début de la négociation et n'avait pas pris en compte les changements dans les termes du contrat apparus en cours de négociation). Même si les pratiques peuvent diverger d'un secteur à un autre, ces exemples ne peuvent qu'interpeller les pouvoirs publics sur la pertinence économique du « PSC ». Le secrétaire d'Etat en charge du secteur de la santé a lui même reconnu que, dans une certaine mesure, cette comparaison était un exercice artificiel ».

³⁵⁹ Claudette Carbonneau : « Privatisation des services publics : plus d'efficacité ou moins de justice sociale », Le Devoir Samedi 11 et Dimanche 12 Octobre 2003, site Internet du Journal Canadien Le Devoir : « le premier mythe à abattre c'est celui selon lequel le secteur privé est la quintessence de l'efficacité, et le secteur public, le royaume de l'inefficacité. Il fut un temps, pas si lointain, où un gouvernement libéral a compris qu'il ne devait plus laisser au secteur privé le soin d'organiser et de dispenser des services de santé, d'éducation, de production et de distribution d'électricité. Quatre décennies plus tard, les résultats sont plutôt probants en matière de taux de scolarisation, d'état général de la santé, de coût et de fiabilité du réseau d'électricité. Les problèmes à résoudre sont réels, mais ils ne commandent pas de jeter le bébé avec l'eau du bain. Encore aujourd'hui, le QUEBEC consacre 7 % de son PIB aux services de santé, contre près de 15 % aux ETATS UNIS où le secteur privé domine largement. Le secteur privé a son lot de scandales contemporains aux conséquences désastreuses, qu'on pense à Enron, World Com ou encore certaines commandités octroyées par le Gouvernement Fédéral. ».

³⁶⁰ In « les Notes Economiques » de l'Institut Economique de MONTREAL - Septembre 2003, Article « les services publics plus efficaces grâce au partenariat Public-Privé », p3 – site Internet de l'Institut Economique de Montréal.

parties dans leurs liens contractuels de sorte qu'elles doivent tout prévoir même l'imprévisible. Or, ce scénario prévisionnel ne résiste pas à la vie des affaires. C'est ainsi que des entreprises ont refinancé leur opération auprès des banques jusqu'à accroître leurs bénéfices de 60 % sans que l'Administration contractante ait eu une part du gain³⁶¹

Pour l'ensemble de ces raisons, le recours au PPP ne rime pas toujours avec optimisation des fonds publics.

Face à ces critiques de plus en plus récurrentes, l'argument suprême des partisans du PPP consiste à faire valoir que le recours à cette formule permet une mobilisation sans précédent de fonds pour la réalisation d'opérations publiques.

Il convient alors de s'interroger sur l'origine de ces fonds qui proviennent pour la plupart d'avantages fiscaux consentis par les Etats et cela parfois aux détriments des recettes publiques³⁶².

De plus, les coûts de ces opérations ne sont pas économiquement plus favorables

³⁶¹ Etienne Amblard, article précité, p. 252 : « Dans le cadre du PFI, cet enjeu a été notamment mis en évidence à l'occasion d'une opération portant sur la réalisation de la prison de Fazkerley. Au terme de la construction de cette prison qui fut ouverte cinq mois à l'avance, le refinancement a permis une augmentation substantielle des revenus des actionnaires du consortium en charge de l'opération (remboursement plus rapide de l'investissement et mécanisme de distribution plus favorable de dividendes). Le refinancement a créé un bénéfice additionnel de 10,7 millions de livres pour l'entreprise, représentant une augmentation de 61 % au regard des projections établies à la signature du contrat. Aucun mécanisme de partage des gains n'ayant été prévu dans le contrat conclu entre l'administration et l'opérateur, le refinancement n'a pu bénéficier à l'administration que de façon marginale. Le refinancement de la prison de Fazakerley a fait l'objet de plusieurs rapports rendus notamment par la NAO (National Audit Office) et la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes. Ces rapports mettent en évidence une situation susceptible de se rencontrer dans de très nombreux PFI, qui, bien que parfaitement conforme au contrat, peut apparaître inéquitable aux yeux des contribuables et peut compatible avec la recherche affichée de la « value for money ». Confrontée à une multiplication des cas de refinancement, l'OGC a lancé, depuis deux ans, une large concertation sur cette question. Elle met en lumière le caractère complexe des opérations de refinancement (une première difficulté, pas des moindres, est de les définir et de les détecter alors que le secteur privé n'est pas tenu d'en informer l'administration) et les réticences du secteur privé à partager les gains obtenus. Cette réflexion a, toutefois, abouti à une modification des guides de bonne pratique et de standardisation publiés par l'OGC. Ces modifications ont fait l'objet d'un rapport très récent de la NAO. Pour les PFI de première génération (comme celui de la prison de Fazkerley) où la question du refinancement se pose sans trouver de réponses dans le contrat. L'OGC préconise une renégociation du contrat visant à garantir à l'administration au moins 30% du gain. La réussite de cette démarche est incertaine dans la mesure où elle nécessite de recueillir l'assentiment du cocontractant. Pour les nouveaux contrats, l'OGC promet une nouvelle approche fondée sur des clauses type de refinancement. La négociation de ces clauses vise à garantir l'information de l'administration et lui donner un pouvoir d'approbation. Elle doit également conduire à un partage égalitaire du gain en cas de refinancement ».

³⁶² Claudette Charbonneau, article précité : « Dans un secteur aussi névralgique que celui de la santé, on peut se demander si le financement privé menace l'intégralité du système public. L'avis du Conseil de la Santé et du bien – être est éclairant à cet égard. Quand le financement privé est massif, il oblige l'Etat à régir les activités des assureurs et, de surcroît, à consentir des avantages fiscaux qui détournent autant de deniers qui ne sont plus disponibles pour le réseau public. En Australie, en 1998-1999, 30% de la population était couverte par des régimes privés. L'Etat a dû consentir 2,2 milliards en abattements fiscaux pour réaliser une économie de 800 millions en dépenses publiques pour la santé. Bref, 1,4 milliards de manques à gagner comme conséquence d'une privatisation ».

que le recours à la Régie.

D'une part, les collectivités locales bénéficient de condition de souscription de prêts à un taux moins élevé en général que celui des entreprises³⁶³.

D'autre part, à l'occasion de la phase de négociation contractuelle, la répartition des risques financiers s'effectue le plus souvent au détriment de la collectivité et non de l'opérateur.

Enfin, au regard des lois du service public, le recours au PPP n'est pas sans conséquence. Motivé par la seule rentabilité, l'exploitant peut négliger la conservation du patrimoine et la sécurité comme cela s'est produit en Grande Bretagne à l'occasion de la privatisation des chemins de fer obligeant le gouvernement à renationaliser Railtrack – titulaire des infrastructures ferrées.

Pour se prémunir de cette déficience de la qualité, les contrats PPP incorporent des indicateurs de qualité dont le non –respect est assorti de sanctions financières. Malgré ces précautions, la qualité de service public n'est pas toujours assurée de façon convenable comme l'ont démontré des études notamment dans le secteur hospitalier³⁶⁴.

Comme tout mythe, l'efficacité du PPP s'est lézardée de sorte que la gestion publique est réhabilitée au même rang que celle de la gestion privée pour un certain nombre de chercheurs en économie³⁶⁵.

C'est pourquoi comme alternative au PPP, le Syndicat canadien de la Fonction Publique SCFP prône le développement du partenariat public-public dans le domaine des infrastructures³⁶⁶.

³⁶³ in « PPP : une nouvelle source de financement déjà controversée », la Gazette des C-D-R. , 1^{er} Décembre 2003, P. 43 : « Les taux d'intérêt du montage financier des PPP sont forcément plus élevés que celui d'un crédit classique, parce que les emprunteurs sont assujettis à un ratio Cooke au tarif plein (8 % de fonds propres) alors que les collectivités supportent une pondération allégée, fait également valoir le consultant Michel Klopfer ».

³⁶⁴ Claudette Charbonneau, article précité : « En santé, l'expérience du privé dans les soins de longue durée n'est probante. L'étude menée par Gina Bravo, qui compare les services offerts aux personnes âgées en perte d'autonomie dans les ressources publiques et privées montre à quel point l'expérience est négative, particulièrement pour les clientèles vulnérables. Manque de formation et d'expérience des personnels, soins bien en-deçà de ceux requis, situations illégales et concentration de cas lourds dans des ressources non autorisées à les recevoir, hésitation à recourir à l'hospitalisation lorsqu'elle est requise parce que la stabilité financière de l'entreprise pourrait en souffrir : voilà quelques – uns des constats troublants faits dans cette étude. La cote de qualité d'une résidence s'avère un déterminant de longévité. Le temps médian de survie est de 41 mois, contre 28 quand les soins sont inadéquats. Cela a de quoi faire réfléchir. » .

³⁶⁵ Pierre Lucien, Président de l'Université du Québec, Colloque international organisé par le CEFRIO , « Partenariat public – privé, pour une meilleure performance de l'Etat au Québec » le 24 Octobre 2002 , site Internet CEFRIO : « Il ne s'agit pas, en effet, de démontrer en quoi l'un des deux, le privé ou le public, est de soi plus efficace ou plus économique que l'autre. Encore moins de prétendre que le privé est le porteur exclusif de l'efficacité et du progrès, alors que le public serait le fief de la lourdeur et de la désuétude. Trop d'exemples récents – j'allais dire : trop de scandales récents – obligeraient de toute façon à des crédits plus nuancés de part et d'autre » .

³⁶⁶ site Internet SCFP – CUPE , article « consultation pré-budgétaire » du 23 Septembre 2003 .

C) Perspectives d'avenir du PPP en France

A un moment où le Partenariat Public – Privé est critiqué dans les pays l'ayant déjà pratiqué, le Gouvernement de M. Raffarin a décidé d'en effectuer la promotion.

Ont ainsi été votées les Lois N° 2002-1094 du 29 Août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), la Loi N° 2002-1138 du 9 Septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la Justice (POPJ) ainsi que la Loi N° 2003-591 du 2 Juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit en vertu de laquelle a été prise l'ordonnance du 4 Septembre 2003 concernant le secteur santé publique.

Le Gouvernement est autorisé par ordonnance à créer un nouveau régime juridique pour le Contrat de Partenariat Public-Privé, distinct à la fois de la procédure propre aux délégations de service public et des dispositions du Code des Marchés Publics³⁶⁷.

Il s'agit de l'ordonnance N° 2004-559 du 17 juin 2004³⁶⁸. En application de celle-ci, la personne publique sera conduite à consentir à son partenaire privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public assortie de droits réels. Pour les établissements de santé ou les collectivités locales, il s'agira le plus souvent du bail emphytéotique. Dans ces montages sera associé un système de financement extérieur.

Ces lois ont été soumises au Conseil Constitutionnel qui dans sa décision N°2003-473 DC du 26 Juin 2003, a reconnu la légitimité du recours à des modalités de financement faisant appel au crédit bail ou au système de location avec option d'achat mais en limitant l'usage de ces montages contractuels à des motifs d'intérêt général afin de ne pas porter atteinte au régime de protection de la propriété publique³⁶⁹.

Cette décision constitutionnelle contre la banalisation du P.P.P. impose aux pouvoirs publics de justifier le recours à ce type de montage contractuel³⁷⁰.

³⁶⁷ J.D. Dreyfus : « Le contrat de partenariat public-privé ne doit pas être banalisé », in AJDA 2003 p 1353 : « *Outre la réforme en cours du Code des Marchés Publics, reposant sur une philosophie plus libérale d'achat, le gouvernement projette de recourir à une nouvelle forme de contrats visant à accroître la réactivité de l'Etat et à réduire les délais de construction des édifices publics. Tel serait l'objet des contrats de partenariat public – privé dotés d'un régime sui généréis, distinct de celui des marchés publics et des délégations de service public, et offrant davantage de libertés aux personnes publiques* » .

³⁶⁸ In MTP du 25/06/2004, p 410.

³⁶⁹ Extrait de la décision précitée du Conseil Constitutionnel, in MTP du 31 Octobre 2003 p140 :« *le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour pré financer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* » .

Souvent invoqué comme un obstacle au développement du PPP, le principe d'inaliénabilité du domaine public n'est cependant pas incompatible, comme le relèvent J.Y. Chérot et J. Trémeau à propos de la décision N° 2002-461 DC du 29 août 2002 du Conseil Constitutionnel relative à la loi précitée POPJ³⁷¹, au recours aux procédés du crédit-bail ou de la location avec option d'achat.

Il existe encore des problèmes juridiques à la mise en œuvre du P.P.P au regard du Droit Communautaire³⁷², mais il est vraisemblable que ces obstacles seront résolus à terme par une directive spécifique comme M. Mario Monti, Commissaire Européen en charge du marché intérieur, l'avait évoqué dès 1997³⁷³. C'est d'ailleurs pourquoi, la Commission européenne vient de lancer une grande consultation sous forme de Livre Vert³⁷⁴.

³⁷⁰ J.D. Dreyfus : article précité « le Contrat de partenariat public-privé ne doit pas être banalisé », in AJDA 2003, p.1353 : « *Le Conseil ne se pose pas en censeur, mais, beaucoup plus habilement coupe l'herbe sous le pied au gouvernement au nom des exigences constitutionnelle d'égalité devant la commande publique, de protection des propriétés publique et de bon usage des deniers publics. En quelque sorte, il opère un renversement de la charge de la preuve : il incombe au gouvernement de démontrer qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant les dérogations : ainsi l'urgence ou la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

³⁷¹ in : « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil constitutionnel », AJDA 2002 .p.1059.

³⁷² M. Zulberty, « Quel cadre juridique, technique et économique pour les futurs partenariats public-privé », in M.T.P. du 14/11/2003, p.109 : « Dans l'état actuel de la législation européenne, il existe trois directives essentielles : la directive travaux, la directive service et la directive fourniture. Excluons la directive fourniture, dont l'application ne paraît pas pertinente dans le cas du PPP. Pour des contrats globaux de construction de financement et d'exploitation, il faut distinguer deux cas de figure selon que l'on se trouve dans le champ d'application de la directive service ou dans celui de la directive travaux : L'appréciation peut se faire en fonction du poids de la part service cumulée sur la durée du bail par rapport à l'investissement. Si celle-ci est prépondérante, nous appliquons la directive service (arrêt de la Cour de justice européenne du 19 avril 1994, « Gestion Hotelera International ») ; dans le cas contraire, la directive travaux devra s'appliquer. Dans le cas de l'application de cette dernière, il existe à nouveau deux cas de figure selon que le montant de l'investissement est inférieur ou supérieur à 6,2 millions d'euros : En dessous de 6,2 millions d'euros, de mon point de vue, les textes récemment publiés ou en préparation (Lopsi, LOPJ, ordonnances...) qui préconisent une approche négociée peuvent s'appliquer sans difficultés ; au-dessus de 6,2 millions d'euros, la directive travaux impose la règle de l'appel d'offres. Cette directive n'exclut pas le paiement différé : elle inclut donc le cas des PPP, une démarche négociée n'est pas possible. En revanche, lorsque la part des services est prépondérante, l'arrêt signalé plus haut autorise l'application de la directive service et, en ayant recours à l'article 11 & c de cette directive, les procédures négociées prévues ou envisagées par nos textes nationaux, qui s'apparentent au « dialogue compétitif », pourraient être mises en oeuvre. Le « paquet législatif » en cours de mise au point autorisera demain la procédure du dialogue compétitif. Cela permettra donc de rendre a priori possible l'application des ordonnances publiées ou à venir, lesquelles sous-tendent en réalité une démarche de ce type. En attendant, force est de constater qu'il existe un cas de figure où les lois et ordonnances parues ou à venir ne sont pas applicables vis-à-vis du droit européen : lorsque la part des travaux est prépondérante et que l'investissement global est supérieur à 6,2 millions d'euros ».

³⁷³ Cité par G. Zamberletti, Président du Forum Européen des entreprises générales dans l'article intitulé : « Juridique : les contrats globaux de construction en Europe », MTP du 18/04/1997 – p.98.

³⁷⁴ MTP du 14 mai 2004, p.19.

Les principaux obstacles au développement du PPP en France dans le domaine des services publics locaux, résident en premier lieu dans le contexte général des collectivités françaises qui se distingue de la situation dominante au plan européen.

Depuis les lois de décentralisation de 1982, les collectivités territoriales françaises se caractérisent par leur autonomie de gestion ce qui est loin d'être le cas en Europe³⁷⁵. Il n'est pas certain que les enjeux économiques de la formule du P.P.P. soient en définitive favorables à l'administration locale pour l'exploitation de ses équipements publics et donc de ses remontées mécaniques.

En second lieu, les collectivités locales ont déjà goûté en « avant première » au modèle de P.P.P. avec la formule du METP (Marché d'Entreprise de Travaux Publics)³⁷⁶ et avec des résultats mitigés. Ce montage contractuel relevait en principe du Code des Marchés publics à moins qu'il incorporait en même temps la gestion d'un service public. Dans ce cas, il constituait une délégation de service public. « Faux » ou « Vrai » METP, le procédé a fait l'objet de nombreuses critiques économiques tant par le Conseil d'Etat dans son rapport public de 1993 que la Cour des Comptes dans son rapport public de 1999³⁷⁷.

C'est la raison pour laquelle la réforme du nouveau Code des Marchés Publics, issue du Décret du 7 Mars de 2001, a prohibé le recours au METP en interdisant toute clause de paiement différé (art.4) et en obligeant l'allotissement pour les marchés portant à la fois sur la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un équipement (art.10). Il en est de même avec les dispositions du dernier décret N°2004-15 du 7 janvier 2004.

La remise en œuvre de ce procédé contractuel sous le label de P.P.P. ne pourra qu'avoir des conséquences négatives pour les finances publiques identiques à celles constatées pour le METP³⁷⁸.

Dans le partage des risques entre secteur public et privé, il est fort probable que le financeur demandera à la collectivité publique de garantir les prêts souscrits par le promoteur. Au regard de la réglementation sur les garanties accordées par les collectivités locales, des difficultés juridiques sont donc à craindre. Au demeurant, les

³⁷⁵ A de Lestrangé : « Private Finance Initiative : un modèle pour les partenariats publics – privé », la Gazette des C-D-R. du 17 Mars 2003 p. 22 : « *La situation des collectivités locales françaises est différente de celles des collectivités anglaises, en raison de leur plus grande flexibilité fiscale et financière (au Royaume Uni, le recours à l'emprunt par les collectivités est soumis à autorisation du gouvernement) et de leur moindre retard en matière de renouvellement des équipements* ».

³⁷⁶ F. Melleray, « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau lazare juridique », in AJDA 2003 .p.1260 . Ce montage juridique avait pour objet au minimum de faire : « *préfinancer, construire et entretenir des équipements publics (par le cocontractant privé) moyennant un prix payé par la collectivité publique et étalé sur toute la longue durée de la convention, prix intégrant tout à la fois le coût de la construction et de la maintenance* ».

³⁷⁸ F. Melleray – article précité AJDA 2003 p.1260 : « *Désireux de construire rapidement des commissariats, des prisons et autres hôpitaux, ne disposant pas d'une marge budgétaire suffisante, le gouvernement pourrait-il faire autrement ? peut être pas mais il ne fait guère de doute que le surcoût final de ce choix sera probablement très lourd. On relèvera en effet que l'on adopte en France la PFI à l'heure où celle-ci, parée de toutes les vertus par certains consultants, commence à être assez sérieusement critiquée outre Manche, aussi bien en termes de coûts que de qualité* » .

organismes bancaires ne pourront qu'avoir une vision globale de consolidation de la dette, même si elle est souscrite par l'opérateur privé sachant que l'Administration pourra être appelée à se substituer à ce dernier, ne serait-ce que pour assurer la continuité du service public en cas de défaillance.

Ainsi, les avantages à court terme pour les fonds publics sont annulés par le surcoût financier de l'opération à terme par rapport au recours classique à l'emprunt ainsi que par le risque toujours possible de voir l'Administration locale obligée de se substituer au cocontractant défaillant.

Le gouvernement est d'ailleurs conscient des écueils financiers de ce type de procédé contractuel puisque dans une réponse ministérielle, il indique qu : « *il n'est nullement question de reproduire les errements constatés dans les marchés d'entreprises de travaux publics* »³⁷⁹. Il n'est pas certain que l'antidote juridique contenu dans le projet de réglementation du PPP, consistant à distinguer dans le financement des nouveaux contrats la part qui revient à l'investissement et celle relative à l'exploitation, soit suffisant pour justifier ce choix économique par rapport au mode de réalisation des équipements publics en Régie, c'est à dire suivant une mission complète de maîtrise d'ouvrage assortie ensuite d'une mission de gestion.

CHAPITRE 2 : LA REGIE UN MODE DE GESTION EFFICACE POUR

³⁷⁷ *Idem* au N° 376 : « Il n'a pas fallu attendre longtemps pour que le « faux » METP suscite la critique. La charge la plus sévère est probablement à mettre au crédit du Conseil d'Etat. Ce dernier, dans les considérations générales de son rapport 1993, intitulées *Décentralisation et ordre juridique, pointe de nombreux inconvénients de la formule : « endettement plus ou moins déguisé s'accompagnant d'une débudgétisation plus ou moins marquée et autorisant un contournement des normes d'encadrement de l'endettement des collectivités locales » ; coût financier supérieur à celui d'un marché ordinaire, les conditions de financement étant « inévitablement moins bonnes qu'en cas d'emprunt direct par la collectivité elle-même » ; affaiblissement prévisible de « l'autonomie de la collectivité publique dans la conduite ultérieure de sa politique de travaux et de sa politique budgétaire » ; « encouragement [...] à la réalisation de travaux non indispensables, voire superflus ou somptuaires » ; « risques d'insuffisance de la mise en concurrence entre candidats à la conclusion des marchés, et de monopolisation de ceux-ci par un petit nombre de grandes entreprises du BTP, au détriment des PME-PMI » dans la mesure où « rares sont les entreprises offrant la capacité financière nécessaire pour contracter dans ces conditions » (Conseil d'Etat, Rapport public 1993, EDCE, n° 45, 1994, p. 70). La Cour des comptes n'a guère été plus tendre, mettant par exemple dans son Rapport public pour 1999 le METP au premier rang des pratiques anticoncurrentielles de certaines collectivités locales. Elle affirme ainsi notamment qu' « alors que le critère de l'exploitation d'un service public est, selon le Conseil d'Etat, déterminant pour qualifier un METP, cette formule a été fréquemment appliquée à de simples travaux de construction suivis de prestations d'entretien ou de maintenance. Cette pratique a pour effet de limiter la concurrence, en écartant de facto les PME. D'une part, elle permet de regrouper des prestations de nature différente, alors que des appels d'offres et des marchés distincts auraient pu être passés. Elle favorise donc les grandes entreprises. D'autre part, ces contrats enfreignent généralement la règle d'ordre public du droit à paiement direct des sous-traitants. Ils enfreignent souvent aussi la règle qui interdit les paiements différés dans les marchés publics ; en effet, il est fréquent que les redevances annuelles soient constantes alors que l'essentiel des travaux s'exécute dans les premiers mois du METP » (p. 753-754). Et la Cour de citer différents exemples, notamment les « faux » METP de réhabilitation des lycées d'Ile-de-France ».*

³⁷⁹ Rép. Minist. - Q. N° 07734 du 29/05/2003 - Rép. : J.O. SENAT du 18/09/2003.

L'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES

Le recours à la régie pour l'exploitation de l'activité des remontées mécaniques constitue un instrument souple de gestion, adaptable aux objectifs économiques de la collectivité organisatrice du service (Section I) et présentant des conditions de gestion similaires à celles d'une entreprise privée (Section II). En outre, bien que ce procédé de gestion présente de meilleures garanties pour la collectivité publique que le recours à une SEM Locale (Section III) , il continue néanmoins d'être victime d'une réputation injustifiée (Section IV).

Section I – Un instrument juridique souple répondant aux objectifs économiques de la collectivité publique

§1. Une pleine autonomie de gestion avec la Régie Personnalisée

A) Une gestion décentralisée :

« C'est un établissement public local qui dispose d'une entière autonomie par rapport à la collectivité ou à l'établissement qui l'a créée »³⁸⁰ .

Confier l'activité économique d'intérêt général d'exploiter des remontées mécaniques à une structure juridique dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, soit une régie personnalisée sous forme d'établissement public, relève des moyens modernes de gestion de l'administration.

On évolue ainsi d'un contrôle à priori de gestion dans le cas d'une régie autonome dotée de la seule autonomie financière, à un contrôle à posteriori dans la situation d'une régie personnalisée.

L'indépendance de gestion donnée à cette structure s'inscrit dans un objectif de performance en responsabilisant les acteurs :

« Il s'agit en effet pour beaucoup d'acteurs locaux d'une technique capable de concilier les atouts de la gestion en régie tout en réunissant les avantages d'une distinction institutionnelle, gage de souplesse »³⁸¹ .

De plus, pour atteindre l'adéquation entre les objectifs et les moyens, la passation éventuelle d'un contrat de gestion entre la collectivité mère et sa régie constitue un instrument de régulation pouvant contribuer à cet objectif d'efficacité. Comme l'indique Anne Durmaux³⁸² , le contrat de gestion parce qu'il détermine les missions imposées (offre attendue) et les conditions de leur financement (tarif et subvention de compensation) fixe le cadre externe de la rentabilité de l'entreprise publique.

C'est ainsi que dans son Rapport 2001 consacré aux stations de ski des Alpes du

³⁸⁰ Instruction N° 01-049-MO du 17 Mai 2001, .Art : 2.1

³⁸¹ Catherine Ribot et Jean-Christophe Videlin : « Les modes de gestion publique du service public culturel » , AJDA 2000 p. 136. NB : Cette remarque faite à propos des régies dans le secteur culturel est extrapolable à l'ensemble des domaines d'intervention des régies personnalisées.

Sud, la Cour des Comptes préconise le recours à cette mesure de gestion. Il est étonnant de relever que dans leur réponse conjointe ³⁸³, le Ministère de l'Équipement et le Secrétariat au Tourisme écartent toute idée de contractualisation de gestion avec les régies restant sur une position strictement juridique, et préférant le recours au cahier des charges prévu par le décret du 29 Octobre 1980.

Comme démontré précédemment, ledit décret du 29 Octobre 1980 a été abrogé et donc l'exigence de ce cahier des charges sur ce fondement juridique n'a plus lieu d'être.

Plus fondamentalement, même si le cahier des charges du décret de 1980 était un acte unilatéral ³⁸⁴, il n'en constituait pas moins un embryon de régulation des relations entre la Collectivité mère et sa régie. Le Décret du 23 Février 2001 - dernier en date relatif aux régies n'impose aucune prescription en matière de cahier des charges laissant ainsi plus de liberté contractuelle aux collectivités locales et à leurs régies.

Par exemple, la Régie personnalisée dénommée « Autonome » des remontées mécaniques de Montgenèvre est liée à sa collectivité de rattachement par un cahier des charges annexé à ses statuts. L'objet de ce document est de fixer précisément : « *les obligations de l'exploitant à l'égard de l'autorité organisatrice, des usagers et des tiers* » ainsi que « *les conditions d'exploitation et de construction de tout appareil de remontée mécanique* ». Ce document est très semblable à un cahier des charges d'une délégation de service public puisqu'il traite :

³⁸² Ouvrage précité PEDONE – p. 51 : « *Un des points essentiels de la réforme réside dans l'introduction d'un nouvel instrument juridique de contrôle, le contrat de gestion qui définit les missions de service public et leurs modalités d'exécution, en particulier les principes gouvernant les tarifs, la conduite par rapport aux usagers, l'évaluation des subventions à charge du budget de l'Etat et les indemnités éventuelles à verser par l'entreprise publique. C'est donc au niveau du contrat de gestion que sont normalement définis les finalités et objectifs du système (efficacité macro-économique par rapport aux objectifs de politique économique tels que la stabilité des prix, le contrôle du déficit public..) cela signifie que ce document, parce qu'il précise les missions imposées (offre attendue) et les conditions de leur financement (tarif et subvention de compensation) fixe le cadre externe de la rentabilité* ».

³⁸³ Rapport précité p 832 : « *La Cour des comptes relève l'opacité des relations des collectivités territoriales avec les régies et semble inciter, en conséquence, à la conclusion de conventions de afin de préciser les engagements réciproques entre l'autorité organisatrice et sa régie. Je souhaite souligner que contrairement à l'idée parfois évoquée, notamment en région Provence-Alpes-Cotes d'Azur, la passation de conventions entre l'autorité organisatrice et sa régie n'est pas souhaitable et que, dans le cadre d'une exploitation en régie EPIC, le cahier des charges prévu par le décret du 29 octobre 1980 précité m'apparaît nettement préférable* ».

³⁸⁴ Anne Durmaux ouvrage précité édition Pedone p. 57 : « *Définir le cahier des charges d'une entreprise privatisée pour ses missions de service public est – il moins complexe que la négociation d'un contrat de gestion ? Commençons par dire que dans les deux cas, le problème sera celui des asymétries d'information. La stratégie de l'organe de réglementation sera de se renforcer en imposant la transparence du contrôle tandis que la stratégie de l'entreprise sera de protéger son autonomie à travers le développement d'une expertise de gestion non transmise. Des analyses récentes montrent que l'asymétrie d'information entre le régulateur public et la firme régulée (publique ou privée) conduit à une détérioration de l'efficacité économique par l'affaiblissement de l'efficacité de la régulation. Il est notoire que la privatisation de British Telecom a nécessité une réforme du système de réglementation : en particulier la créativité d'OFTEL et son dynamisme souvent mentionné sont évidemment une tentative de réponse au coût informationnel* ».

- des biens (ceux mis à disposition et ceux acquis postérieurs)
- des conditions particulières d'exploitation du matériel et de l'entretien des pistes ainsi que de l'organisation des secours ;
- des conditions générales de fonctionnement du service durant la saison hivernale et de la tarification,
- des conditions générales d'emploi des personnels et des relations avec les usagers.

Ce contrat de gestion peut être assorti d'un plan annuel d'entreprise par lequel la régie se fixe des objectifs pour atteindre les missions confiées ³⁸⁵ .

Le Conseil économique est social recommande d'ailleurs vivement une gestion contractualisée entre une collectivité publique et sa régie pour promouvoir une démarche de progrès pour les services publics exploités en régie ³⁸⁶ .

La pleine autonomie de la Régie personnalisée est affirmée par l'article R.2221-18 du CGCT qui lui confère une large compétence d'attribution ³⁸⁷ comparable aux pouvoirs d'un Conseil Municipal.

La collectivité de rattachement ne conserve que deux pouvoirs à l'égard d'une régie personnalisée : celui de mettre fin à son existence attestant ainsi un pouvoir d'organisation générale du service ³⁸⁸ ; et celui d'agréer préalablement la candidature du Directeur manifestant ainsi un pouvoir marginal de tutelle. ³⁸⁹

Cependant les préjugés professionnels à l'égard de la régie personnalisée sont tenaces. C'est ainsi qu'un ouvrage édité par Dexia, avec le concours de la Fédération des Maires des Villes Moyennes, décrit les inconvénients de ce mode de gestion en ces termes:

³⁸⁵ Anne Durmaux – ouvrage précité édition Pedone p. 51 : « D'autre part, la loi prévoit que l'entreprise autonome établisse annuellement un plan d'entreprise dont seuls les éléments relatifs aux missions de service public doivent être approuvés. Le plan d'entreprise annuel est un instrument stratégique au niveau de l'entreprise. Le contrat de gestion ne reprend les éléments de ce plan que dans la mesure où ils concernent les missions de service public. Le plan constitue donc par excellence le document par lequel l'entreprise se fixe des objectifs à elle même. Pour reprendre des distinctions usitées en gestion, il s'agit d'un instrument de pilotage de l'efficience et de l'efficacité micro-économique (adéquation à des objectifs propres à l'entreprise, par exemple qualité et fiabilité du service) » .

³⁸⁶ in Avis du Conseil économique et social du 24 avril 2001 : La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux, MTP du 11/10/2002 p 45 et s : « La négociation et la conclusion de véritables contrats d'objectifs pluriannuels entre l'autorité organisatrice et la régie autonome (a fortiori la régie personnalisée) de manière à mieux expliciter les objectifs à atteindre et à pouvoir mieux contrôler les résultats » .

³⁸⁷ « Le Conseil d'Administration délibère sur toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie ».

³⁸⁸ A. Delion ouvrage précité p30 « La personnalité conférée aux entreprises publiques n'est que le support de la délégation donnée aux dirigeants de l'entreprise pour la gérer selon les exigences de droit et de fait du milieu ou elle vit » :

³⁸⁹ Le pouvoir de tutelle se définit habituellement comme celui d'approbation.

« Malgré son autonomie, la régie personnalisée reste d'une grande lourdeur administrative. Les inconvénients exposés ci-dessus pour les autres formes de régie sont les mêmes pour l'essentiel »³⁹⁰.

Le renvoi aux inconvénients sont ceux de la Régie Autonome à savoir :

« - Régie marquée par une assez grande complexité du fait de l'intervention de 4 organes différents (2 délibérants et 2 consultatifs) ; – rigidité de la comptabilité publique ; – lourdeur « du statut du personnel »³⁹¹.

En ce qui concerne le 1^{er} argument, c'est totalement inexact d'affirmer que le fonctionnement de la Régie Personnalisée est identique à celui d'une Régie Autonome. C'est en effet un établissement public avec une pleine autonomie de gestion à tel point que l'article R. 2221-38 du CGCT confère au Conseil d'Administration compétence pour fixer le taux des redevances dues par les usagers³⁹².

Cette liberté tarifaire n'existe pas pour la régie autonome ni même en cas de gestion déléguée, que ce soit une SEM locale ou une entreprise privée selon la jurisprudence³⁹³.

Pour ce qui concerne les 2 autres critiques, elles sont également infondées comme cela sera démontré au cours de la présente étude.

La réalité, c'est que : *« la Régie personnalisée est administrée par un Conseil d'Administration et un directeur. Le Conseil Municipal et le Maire n'interviennent dans l'administration de la Régie qu'indirectement par leur présence au sein du conseil d'administration »³⁹⁴*. Cette analyse est partagée par J.C Douence³⁹⁵.

Ce centre de responsabilités que constitue la régie personnalisée, présente les mêmes avantages structurels qu'une SEM à savoir : la séparation des fonctions entre autorité organisatrice et opérateur en raison d'une personnalité juridique distincte de la collectivité de rattachement ; et la dissociation entre contribuable et usager du service.

³⁹⁰ « Services publics locaux : gestion directe ou déléguée ? » Edition DEXIA 1996, p.30.

³⁹¹ ouvrage précité « Services publics locaux : gestion directe ou déléguée ? » p. 27.

³⁹² « les taux des redevances dues par les usagers de la Régie sont fixés par le Conseil d'Administration ».

³⁹³ CAA Lyon 20 mai 1999, SA Comalait Industries, AJDA 1999 p 945 : « Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L 121-26 du code des communes alors applicable : le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ; qu'il résulte de ces dispositions qu'il appartient qu'au conseil municipal d'établir le tarif d'un service public communal ; que lorsqu'un service public communal a fait l'objet d'une délégation de service public, la détermination du prix du service ou du montant de la redevance ne peut être laissée à la discrétion du concessionnaire ».

³⁹⁴ « choisir le mode de gestion d'un service public - services publics locaux ». Etudes et documents, Cahier détaché N° 3 du 4 Février 2002 la Gazette des C-D-R. p. 286.

³⁹⁵ in encyclopédie Dalloz Collectivités locales Fasc 62201 : « Les régies locales » Rub.N°126 : « la combinaison de ces dispositions fait que les autorités municipales sont totalement écartées de l'exercice des compétences propres de la régie mais conservent une maîtrise organique complète sur le conseil d'administration ».

B) Une direction générale efficace :

A l'instar d'une SEM³⁹⁶, le directeur de la régie personnalisée dispose de pouvoirs étendus pour agir au nom de son établissement public.

C'est pourquoi, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'emploi de directeur est obligatoire dans les régies personnalisées dans la mesure où « *le directeur assure, sous l'autorité et le contrôle du président du conseil d'administration, le fonctionnement de la régie* »³⁹⁷ et en a déduit que le Conseil d'Administration ne pouvait pas supprimer ce poste même pour des raisons d'économie budgétaire en présence d'un déficit financier important³⁹⁸. Cette analyse semble également transposable en cas de régie autonome puisque le directeur assure également le fonctionnement de la régie³⁹⁹.

Il existe une différence fondamentale entre le directeur d'une régie personnalisée et celui d'une régie autonome : le premier dirige un établissement public ayant une personnalité juridique propre et à ce titre, il n'a pas de supérieur hiérarchique dans l'ordre statutaire même s'il demeure soumis aux directives du président du Conseil d'Administration ; alors que le second dirige un service sans personnalité juridique distincte de sa collectivité de rattachement et de ce fait, il reste hiérarchiquement soumis au directeur général des services de la collectivité mère⁴⁰⁰ en application des dispositions des articles 2 et 3 du décret N° 87-1101 du 30 décembre 1987 portant dispositions particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés⁴⁰¹.

En application respectivement des articles R. 2221-22 et R. 2221-28 du CGCT, le Directeur est par rapport à la régie personnalisée gérant un service industriel et commercial : son représentant légal (cette qualité lui confère le pouvoir d'ester en justice et de prendre toutes mesures conservatoires) et son ordonnateur (à ce titre, il lui revient de préparer le budget de la régie et de l'exécuter).

³⁹⁶ SEM mode d'emploi. Introduction. Site internet FNSEM : « *La direction générale est la clef de voûte de la SEM...le directeur général, nommé par le conseil d'administration, qu'il assure ou non la présidence, dispose dans l'exercice de ses fonctions de directeur général, des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société* ».

³⁹⁷ Art. R 3232.3 du code des communes. La rédaction est identique avec l'article R. 2221-28 du CGCT

³⁹⁸ CAA Nancy le 18 octobre 2001, req n° 96 NC 02419, régie municipale des thermes de la commune de Luxeuil-les-Bains

³⁹⁹ art R 2221-6 du CGCT

⁴⁰⁰ CRC Rhones Alpes 10 juillet 2000 Commune de saint Bon Courchevel, Régie autonome pour l'exploitation des installations sportives et touristiques : « *En particulier, il a été observé que dans le schéma d'organisation des services communaux le secrétaire général, qui doit normalement, sous l'autorité du Maire, diriger l'ensemble des services communaux (régie incluse) et les coordonner, se voit privé d'une partie de ses prérogatives* ».

⁴⁰¹ « *Le directeur général des services des communes de 3 500 habitants et plus est chargé sous l'autorité du maire, de diriger l'ensemble des services de la commune et d'en coordonner l'organisation* ».

De plus , ses attributions consistent à assurer le fonctionnement de la régie ce qui lui confère de larges pouvoirs faisant de lui un vrai manager d'entreprise notamment ⁴⁰² pour souscrire les contrats au nom de la régie et exercer la direction hiérarchique sur les agents.

La formule duale ⁴⁰³ d'un « Président » et d'un Directeur Général est conforme à l'organisation habituelle des sociétés commerciales.

Toutefois, dans le cas de la régie personnalisée, les fonctions de Président du conseil d'administration de la régie sont très réduites. Celles-ci consistent pour l'essentiel à présider les séances du conseil d'administration et à nommer le directeur sur désignation préalable de la collectivité de rattachement .

Il est à noter que l'article L 2221-10 du CGCT ne cite pas le Président parmi les organes dirigeants de la régie personnalisée mais uniquement le conseil d'administration et le directeur ⁴⁰⁴ . Ces dispositions rejoignent celles de l'article 106 de la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, ayant modifié l'article L 225-51-1 du code du commerce ⁴⁰⁵ dans le sens d'une possibilité de dissociation de la fonction de direction générale de l'entreprise avec celle de président du conseil d'administration.

L'ensemble de ces éléments sont de nature à orienter les pouvoirs du directeur vers un monarchisme faisant de lui la seule autorité exécutive de la régie ; ce qui fait dire à J. Douence qu' « *en réalité, la régie est dirigée par un agent professionnel choisi pour sa compétence technique et disposant d'une grande liberté d'action aussi longtemps qu'il conserve la confiance du Maire , lequel n'a pas à intervenir dans la gestion quotidienne de la régie, sauf s'il décide d'être membre ou président du conseil d'administration* » ⁴⁰⁶ .

Pour ces motifs, le directeur d'une régie personnalisée a des pouvoirs aussi étendus

⁴⁰² Art. R 2221-28 du CGCT

⁴⁰³ A. Delion ouvrage précité p171-172 : « La loi NRE n'interdit pas cette solution mais permet de retenir la formule américaine qui comporte un président (chairman) du conseil (board of directors) et un directeur général (chief executive officer). Selon l'article L 225-21 du nouveau code du commerce, le premier « organise et dirige les travaux » du conseil, et il est donc responsable du bon exercice de ses trois grandes missions d'orientation, de suivi de la gestion et de contrôle(Ccom L 225-51 nouveau). Le second est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » (Ccom L225-56 nouveau). Il suffit que le conseil nomme un directeur général pour que les deux fonctions soient exercées séparément. Cette formule est préconisée par les réflexions internationales sur le « gouvernement des entreprises » (corporate governance), en particulier au Royaume Uni le rapport Cadbury de 1992 , au motif que le président « doit être suffisamment distant de la gestion quotidienne de l'entreprise pour garantir que le conseil assure pleinement le contrôle des affaires de la société ».

⁴⁰⁴ « Les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière sont créées, et leur organisation administrative et financière déterminée, par délibération du conseil municipal. **Elles sont administrées par un conseil d'administration et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du Maire...** »

⁴⁰⁵ « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général... ». La rédaction antérieure était la suivante : « Le président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société ».

que ceux d'un directeur de SEM locale ou d'une société commerciale.

C) Un mode de gestion performant :

La régie personnalisée possède un patrimoine propre et peut souscrire des emprunts .

Les règles de la comptabilité publique M43 applicable aux régies de remontées mécaniques sont très proches de la comptabilité commerciale de droit commun.

La régie autorise également un large éventail des missions attributives allant de l'absence de prise de risques de gestion comme en cas de recours à un marché de prestations de service, ou bien à l'inverse avec des risques d'exploitation plus ou moins affirmés avec une compétence se rapprochant de l'affermage ou de la concession.

Ainsi, les attributions de la Régie peuvent très bien être limitées à l'exploitation courante du service des remontées mécaniques, la collectivité de rattachement conservant la compétence en matière d'investissement sur le domaine skiable. En ce cas, une simple Régie Autonome suffit⁴⁰⁷ en principe.

Par contre, si la Régie se voit attribuer une pleine compétence tant pour l'exploitation courante qu'en matière de réalisation des investissements nécessaires à la poursuite et au développement de l'activité, le recours à la Régie Personnalisée semble le plus adapté du fait de la latitude de gestion .

Doit également être pris en considération l'importance du domaine skiable selon qu'il s'agit d'une petite, moyenne ou grande station .

Le choix d'un mode de régie n'est pas définitif puisque certaines collectivités ont d'ailleurs hésité de sorte que tour à tour la Régie a pu devenir Autonome ou Personnalisée⁴⁰⁸ .

D) Un ancrage local pour le développement de la station

La présence au sein du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation de personnes extérieures à la collectivité de rattachement, permet d'associer les principaux acteurs de la station au projet de développement et de gestion du domaine skiable.

Le mode de gestion déléguée n'offre pas la même capacité d'association des acteurs locaux car même dans une SEM locale, il s'agit d'actionnaires privés et non pas de

⁴⁰⁶ in encyclopédie Dalloz précitée N° 62201 Rub.N°132

⁴⁰⁷ CRC Languedoc-Roussillon Régie municipale des sports et des loisirs des Angles 23/12/1997 : « *La juridiction a relevé que la maîtrise qu'entend exercer la commune sur les activités de la régie, dans la mesure où cette dernière n'est qu'un organisme d'exploitation de biens demeurés propriétés de la commune, pourrait s'accommoder d'un simple budget annexe afférant à une régie non personnalisée* » .

⁴⁰⁸ par exemple la Régie des Angles a changé 4 fois de statuts entre 1964 et 1989. CRC Languedoc-Roussillon 23/12/1997 Régie municipale des sports et des loisirs des Angles : « *Depuis sa création en 1964, la régie de sports et de loisirs des Angles a connu une évolution relativement surprenante de ses statuts, passant successivement, avec retour en arrière, d'un statut de régie non personnalisée à celui de régie personnalisée* » .

personnes désignées en raison de leurs qualités particulières.

Pour pallier à cette carence, la création d'un comité de pilotage de la station est toujours possible en cas de gestion déléguée mais cet organisme n' aura toujours qu'un rôle consultatif ; ce qui constitue à terme une cause de désengagement des membres associés du fait de l'absence de pouvoirs décisionnels.

Alors que la participation au sein du conseil d'administration d'une régie personnalisée des personnes n'ayant pas la qualité d'élus locaux, fait pleinement collaborer ses membres à la prise des décisions de l'établissement public.

§2. La Régie Autonome : un modèle simplifié de gestion parfois largement suffisant pour exploiter un service industriel et commercial

Le recours à la régie autonome procède d'une philosophie moins marquée de décentralisation de la gestion d'un service à caractère industriel et commercial par comparaison avec une régie personnalisée. Ce procédé de gestion est considéré comme étant un régime : « *intermédiaire entre la régie directe et la régie personnalisée* » pour reprendre l'expression de Catherine Ribot et Jean-Christophe Videlin ⁴⁰⁹ .

La collectivité mère souhaite plus fortement le « *maintien du service sous le contrôle de la commune* » ⁴¹⁰ en ne lui conférant pas la personnalité juridique. Cependant , la régie autonome possède : « *une autonomie financière prolongée par une autonomie administrative, se traduisant par l'existence d'organes de gestion distincts des organes propres de la collectivités* » ⁴¹¹ .

Le conseil d'exploitation n'a évidemment qu'un rôle consultatif puisque le pouvoir décisionnel appartient à l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement.

Cependant, la collectivité organisatrice des remontées mécaniques a toute latitude pour permettre au conseil d'exploitation de réellement s'impliquer dans la gestion du service en lui laissant exercer une fonction de proposition et de surveillance au lieu d'être une simple chambre d'enregistrement des décisions .

L'autorité exécutive n'est pas le directeur comme dans une régie personnalisée, mais le Président de l'assemblée délibérante de la collectivité mère. Ce dernier est en effet à la fois le représentant légal et l'ordonnateur de la régie autonome ⁴¹² .

Si le directeur de la régie autonome est un chef de service soumis à l'autorité hiérarchique du directeur général des services de la collectivité locale de rattachement, il peut néanmoins devenir un véritable cadre dirigeant pour l'exploitation du service

⁴⁰⁹ in article précité : « Les modes de gestion publique du service public culturel », AJDA 2000 p.136.

⁴¹⁰ Extrait de la délibération institutive en date du 5/10/2000, de la régie dotée de la seule autonomie financière créée pour la gestion du service des pistes et de la sécurité de la commune de Val d'Isère.

⁴¹¹ A.G. Kouévi : « Le droit des interventions économiques des collectivités locales » LGDJ Mars 2003 p 65.

⁴¹² R 2221-63 du CGCT

industriel et commercial .

En effet, il peut recevoir directement délégation de signature de la part de l'exécutif local pour toutes les matières intéressant le fonctionnement de la régie.⁴¹³

De plus, il est doté de compétences propres en matière de préparation budgétaire et de passation des contrats courants de gestion⁴¹⁴. Il procède à la nomination et au recrutement des personnels de la régie⁴¹⁵.

La régie autonome constitue un outils juridique très souple pouvant être adapté à toutes les situations locales selon qu'existe ou non un besoin d'indépendance plus ou moins prononcé du service. Dans tous les cas, s'agissant d'un service public industriel et commercial, la prééminence du droit privé est affirmée dans les relations avec les usagers et les personnels à quelques exceptions près qui seront étudiées de façon plus approfondie au cours de la présente étude.

De plus, sur le plan comptable, il y a une individualisation de la gestion au travers de l'adoption d'un budget autonome soumis aux règles de la comptabilité publique M 43 applicable aux régies de remontées mécaniques qui sont très proches de la comptabilité commerciale de droit commun. Au niveau managérial, la régie autonome peut également recourir aux méthodes du contrat de gestion avec la collectivité mère ainsi qu'au plan annuel d'entreprise pour optimiser son fonctionnement.

En définitif, la régie autonome partage avec la régie personnalisée :

- la soumission dominante au droit privé ;
- l'individualisation de la comptabilité ;
- l'ancrage territorial avec l'apport de personnes qualifiées au sein du conseil d'administration ou d'exploitation.

Section II – La Régie, un procédé d'exploitation proposant des conditions de gestion se rapprochant de celles de l'entreprise privée

§1.- Un service public industriel et commercial

Sauf cas de la régie directe ou existe une ambiguïté sur la nature du service comme évoqué précédemment, l'article 47 de la loi montagne du 9 janvier 1985 indique expressément que : « *L'exécution du service est assurée ...en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* ».

Dans ces conditions, l'affirmation de M. Bourrachot selon laquelle le Législateur n'aurait pas défini la qualification juridique de ce service ne peut qu'être écartée⁴¹⁶.

⁴¹³ R 2221-63 du CGCT

⁴¹⁴ R 2221-68 du CGCT

⁴¹⁵ R 2221-74 du CGCT

Ainsi, les conditions de fonctionnement du service seront ceux d'un service public industriel et commercial facultatif organisé sur le fondement d'une loi ⁴¹⁷. Cette qualification juridique emporte une gestion du service selon des exigences de performance quasi-identiques à celle d'une société commerciale.

§2.- Application du droit privé à l'égard de l'usager

Les services publics industriels et commerciaux sont soumis habituellement au droit privé dans leurs rapports avec les usagers ⁴¹⁸.

L'application du droit privé dans la gestion au quotidien du service « *allège considérablement les contraintes de fonctionnement de l'administration* » ⁴¹⁹.

Cette soumission au droit commun entraîne en cas de litige la compétence de la juridiction judiciaire.

A l'égard des usagers du service, cette compétence de principe affecte d'abord tous les litiges relatifs à l'exécution du service comme le rappelle l'arrêt suivant :

« L'exploitant d'un domaine skiable se trouve donc avec les usagers dans un rapport de droit privé relevant que la compétence des seules juridictions judiciaires » ⁴²⁰.

Cependant, il y a lieu de préciser le juge administratif reste compétent pour « *les actes détachables de ces relations de droit privé* » ⁴²¹ notamment les règles d'organisation du service qui sont considérées comme des actes administratifs ⁴²², et les délibérations déterminant les tarifs du service ⁴²³.

⁴¹⁶ Conclusions sur CAA Lyon 13 avril 2000 req N° 96LY02472 Cne de St Sorlin d'Arves AJDA 2000 p 849 : « *En revanche, à notre connaissance, ni le législateur (loi du 9 janvier 1985 dite loi Montagne, et la loi du 30 décembre 1982 dite loi d'orientation des transports intérieurs dont les dispositions sont en partie applicables aux remontées mécaniques) ni la jurisprudence n'ont expressément qualifié ce mode de transport de service public industriel et commercial* » .

⁴¹⁷ A.G. Kouévi : « Le droit des interventions économiques des collectivités locales » LGDJ Mars 2003 p26 : « *En matière d'interventionnisme économique, des SPIC locaux sont créés par les collectivités territoriales en application des lois portant attribution de compétences à leur profit ou portant répartition de compétences entre elles et l'Etat. Les missions confiées par ces lois aux collectivités sont celles auxquelles pourvoient ces services publics locaux. Ces derniers sont donc expressément prévus et organisés par une loi spécifique, soit à titre obligatoire, soit à titre facultatif* » .

⁴¹⁸ En ce sens JCA Fasc 150 « services publics à caractère industriel et commercial » rub N°54

⁴¹⁹ « Choisir le mode de gestion d'un service public- services publics locaux », Etudes et documents Cahier N°3 4 février 2002 Gazettes des C-D-R

⁴²⁰ C.CASS. Ch crim 15 octobre 2002, pourvoi 01-88275, Cne de Val d'Isère régie des pistes

⁴²¹ F. Bourrachot précité

⁴²² En ce sens JCA Fasc 150 précité rub N°217 et s : « *Tel est l'apport essentiel de l'arrêt du Tribunal des conflits « Barbier en date du 11 janvier 1968* »

Par ailleurs, si la compétence judiciaire est de principe en cas d'accident survenu à un usager d'un service industriel et commercial pour mettre en cause la responsabilité de l'exploitant ⁴²⁴, la victime peut également en cas d'accident survenu sur un domaine skiable intenter devant la juridiction administrative une action à l'encontre de la commune territorialement compétente au titre de la carence des pouvoirs de police de son Maire ⁴²⁵.

Cette dernière peut appeler en garantie son exploitant ⁴²⁶ mais en cas de régie personnalisée relevant de la même autorité organisatrice des remontées mécaniques, cette action n'a pas la même signification à moins que cela ne représente un intérêt au niveau de la mise en jeu des différents contrats d'assurance.

En outre, cette mise en cause n'est possible envers une régie autonome que dans l'hypothèse où celle-ci exploite un domaine skiable pour le compte de tiers. En effet, l'absence de personnalité juridique distincte de sa collectivité de rattachement empêche évidemment cette dernière d'appeler en garantie sa régie.

§3.- Application du droit public aux contrats d'affaires :

Le nouveau code des marchés publics issu du décret N°2001-210 du 7 mars 2001 (J.O du 8/3/2001), en son article 2 pose le principe selon lequel les collectivités locales et leurs établissements publics sont soumis au code des marchés publics, sans exception pour ceux ayant un caractère industriel et commercial ⁴²⁷.

Le décret N°2004-15 du 7 Janvier 2004 (J.O du 8/1/2004) réformant à nouveau le code des marchés publics principalement au regard des règles de publicité et de mise en concurrence des marchés inférieurs au seuil de 90 000 Euros H.T., n'a pas modifié ce point.

C'est pourquoi ces textes en assujettissant au code des marchés publics tous les contrats passés par des personnes publiques, ont le mérite, d'avoir simplifié, s'agissant des services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes publiques locales, la délicate question de la qualification juridique de leurs contrats avec les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services.

⁴²³ CE 26 juin 1989, Assoc. Etudes et consommation CFDT, leb. Tables pp 544 et 956 ; et plus particulièrement pour les tarifs de remontées mécaniques CAA Lyon 13 avril 2000 req N° 96 LY02472 Cne de St Sorlin d'Arves AJDA 2000 p 849

⁴²⁴ TC 2 mars 1970, Sté Duvoir, rec 885 / TC 8 novembre 1982, Préfet de Paris, Rec 460 AJDA 1983 p170 / TC 12 novembre 1984, Sté Interfrost c/Fiom, rec 450 RFDA 1985 p 250.

⁴²⁵ CE 9 octobre 1987, Req N° 63533 70882, Cne d'Albepierre-Bredons

⁴²⁶ CAA 21 mars 1989, Req. N° Ly00316, Cne de Laveissière

⁴²⁷ Instruction en date du 8 août 2001 pour l'application du CMP (J.O. du 8/09/2001) : « *Contrairement aux établissements publics de l'Etat, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au code des marchés publics sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel ou commercial* ».

La complexité de la situation antérieure de ces contrats est parfaitement décrite par J.F Lachaume :

« Ils sont réputés être régis par le droit privé. Il faut être très prudent à l'égard d'une affirmation qui, en définitive, ne rend que très imparfaitement compte de la jurisprudence »⁴²⁸.

La jurisprudence opérait une distinction en fonction de la nature privée ou publique du gestionnaire et dans ce dernier cas, elle prenait en considération l'objet du contrat et ses clauses pour définir s'il relevait ou non du droit commun. Il ne s'agissait que d'une présomption de droit privé⁴²⁹.

Cette soumission au code des marchés publics n'est pas contraignante en raison des simplifications apportées à la commande publique par les décrets susvisés. C'est ainsi que l'allègement procédural apporté aux marchés inférieurs au seuil de 230 000 Euros HT ainsi que la possibilité de recourir à la procédure de marché négocié pour les travaux d'un montant inférieur à 5,9 millions d'Euros H.T., contribuent largement à faciliter la gestion au quotidien des EPIC pour leurs besoins courants les mettant ainsi désormais sur un pied d'égalité avec les SEM.

En effet, depuis la loi Sapin de 1993⁴³⁰, une SEM locale est soumise à encadrement pour la passation de ses marchés découlant de son contrat de délégation de service public, c'est à dire la part la plus importante sinon exclusive de son activité. Sur ce point, la SEM ne présente pas une différence notable de gestion avec une régie quand bien même ses contrats conservent leur caractère de droit privé⁴³¹.

Par exception, les contrats conclus par les régies avec les tiers en relations d'affaires peuvent être de droit privé dans la mesure où ils ne relèvent pas du code des marchés publics, ni ne contiennent des dispositions exorbitantes de droit commun. Telle peut être une convention commerciale de réciprocité d'accès entre deux domaines skiables dont l'un serait géré par une régie et l'autre par un exploitant privé.

§4.- La situation du Personnel

Le personnel d'un établissement public à caractère industriel et commercial est dans une

⁴²⁸ ouvrage précité p 415.

⁴²⁹ Auby et Drago Contentieux administratif tome 1 N°468

⁴³⁰ J. Fialaire ouvrage précité p 121 : « La loi anti-corruption de 1993 a prévu (art 48) que les contrats passés par les SEML avec des entrepreneurs privés, bien que régis par le droit privé, obéiraient aux règles des marchés publics (avec appel à la concurrence) »

⁴³¹ J.D. Dreyfus commentaire sur l'arrêt CAA de Lyon 3 avril 2003, Req n° 00LY00295, Société Lyon Parc Auto, in AJDA du 3 novembre 2003 p.1982 : « Contrats passés par les SEM, Loi Sapin et loi Murcef. Les sociétés d'économie mixte sont, pour les contrats conclus en leur nom, seulement soumises aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics. Par suite, ces contrats, qui ne peuvent être regardés comme entrant dans le champ d'application du code des marchés publics, n'ont pas le caractère de contrats administratifs en vertu de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 portant mesures d'urgences de réformes à caractère économique et financier ».

situation de droit privé sauf le directeur et le comptable lorsque ce dernier possède la qualité de comptable public⁴³².

La gestion des ressources humaines s'effectue en conséquence selon les dispositions du code du travail et de la convention collective des remontées mécaniques. Tous les litiges d'ordre individuel relèvent de la juridiction sociale⁴³³ sauf ceux se rapportant au versement de l'indemnisation du chômage pour les agents contractuels⁴³⁴.

A l'exception des deux emplois précités, il n'existe pas de différence en la matière avec les entreprises commerciales dans le cas d'une régie personnalisée.

Ces modalités de gestion du personnel s'appliquent également à la régie autonome, sous réserve de la particularité de la situation des agents de droit public mis à disposition ; ceux-ci conservant leur statut de droit public.

Section III – Un instrument juridique présentant intrinsèquement de meilleures garanties de gestion que celles du SEM Locale

§1.- La représentation majoritaire des élus locaux au sein des SEM locales n'est pas suffisante pour garantir la transparence de fonctionnement

Le recours à une SEM Locale ne fait pas échapper en principe aux contrôles publics qui s'imposent aux régies⁴³⁵. Toutefois par le procédé de la filialisation ou de la sous-traitance, il est possible de s'y dérober.

La ville de Thollon-Les-Ménisses par convention du 9 janvier 1989 a confié la gestion de son domaine skiable à sa SEM locale la SATAM. Cette dernière a créé une filiale la SEREM pour exploiter les remontées mécaniques.

Comme le constate la chambre régionale des comptes, la filialisation d'une SEM a pour conséquence de soustraire son fonctionnement au contrôle de légalité ainsi qu'au droit de regard direct des élus alors que la SEREM ne vivait que grâce à l'aide constante

⁴³² En ce sens, JF Lachaume « Grands Services Publics » Edition 2000 p 266.

⁴³³ T.C 27 avril 1998 , N° 03005, Régie municipale des Angles : « *Considérant que la régie, initialement dotée de la seule autonomie financière, s'est transformée, sous le nom régie autonome des sports et loisirs , en régie dotée de la personnalité morale.... Considérant que le service gérée par la régie autonome des sports et loisirs des Angles a le caractère d'un service public industriel et commercial ; que le litige qui l'oppose à M. Roger, qui n'exerçait en son sein ni les fonctions de directeur ni celles d'agent comptable, à la suite de celui-ci relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ».

⁴³⁴ CE 11 mars 1998, req N° 82133, Cne de Méaudre

⁴³⁵ M. Bachet in compte rendu précité « Délégation de services publics : Quelle gouvernance pour les stations ? » : « *Il faut être conscient que la SEM est encadrée par des contrôles assez rigoureux. Ainsi, dès lors qu'il s'agit d'un organisme qui présente un caractère public, les délibérations du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale doivent être communiquées au préfet. Certains contrats, les comptes annuels et les rapports des commissaires aux comptes sont également concernées par cette procédure. Il s'agit donc d'un encadrement similaire à celui que pourrait supporter une régie dotée d'une autonomie financière* ».

de la SATEM, elle même maintenue en activité par des fonds publics⁴³⁶.

Par contrat du 22 décembre 1994, le syndicat mixte de Pra Loup a confié pour une durée de 15 années à sa société d'économie mixte Ubaye-Développement, l'exploitation à ses risques et périls de la station de Pra Loup.

Le même jour, cette SEM locale sous-traite pour la même durée l'exploitation à la société Transmontagne⁴³⁷ sur la base d'un cahier des charges différent et en conséquence plus aux entiers risques et périls de cet exploitant. La SEM locale n'a plus qu'une fonction relais à qui incombent les éventuels aléas de gestion qui sont appelés à être financés par le syndicat mixte.

Cette situation fait dire à certains que la société Transmontagne est l'inventeur du contrat de prestations de service en matière de gestion des remontées mécaniques.

C'est pourquoi, un certain nombre d'élus ont souvent reproché à Transmontagne dans les contrats de délégation de service, de ne « *prendre que les bénéfices sans les contraintes de l'investissement* »⁴³⁸.

A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat, Laurent Richer disait : « *on n'aperçoit guère quelles opérations frauduleuses la cession permettrait* »⁴³⁹. Dans le cas de Pra Loup, il y a lieu de s'interroger s'il n'y pas tout de même détournement de procédure avec le recours au marché de sous-traitance qui n'est certes pas une cession de contrat mais s'en rapproche néanmoins.

Or cette subdélégation totale n'offre pas les mêmes conditions financières d'exécution de la mission de service public, ni les mêmes contrôles pour l'autorité organisatrice. La transparence de gestion n'est pas assurée de la même façon qu'à l'égard d'un délégataire et : « *la cascade d'intervenants génère souvent des marges substantielles à chaque stade, et pour chaque intervenants* »⁴⁴⁰.

§2.- le recours à une SEML n'est pas en soi un facteur de performance

Un des avantages majeurs de la transformation d'une Régie en SEM est du point de vue théorique la faculté de procéder à des alliances économiques et à des filiations du fait des possibilités offertes en la matière par le régime juridique des sociétés.

Or, en matière de gestion des domaines skiables, aucun groupe économique émergent est né de l'économie mixte. Chaque SEM locale est restée cantonnée dans

⁴³⁶ CRC Rhône-Alpes 15/06/1999 SEM d'Aménagement de Thollon.

⁴³⁷ CRC 8/04/1999 Syndicat Mixte de Pra Loup.

⁴³⁸ Article précité, Revue Aménagement et Montagne, Mars-Avril 2000 p. 31.

⁴³⁹ Article précité. AJDA 2000 p 758

⁴⁴⁰ Philippe Limouzin-Lamothe, Président de la CRC Midi-Pyrénées : « La pratique de la délégation de service public », AJDA p 1996 p.572. NB : observation formulée à propos des délégation de service public dans le secteur des remontées mécaniques.

son activité à son assise territoriale d'origine ; et le plus souvent éprouve des difficultés financières⁴⁴¹ .

C'est ainsi que dernièrement, l'offre de la SEMILOM gérant le domaine skiable de la station d'Orcières Merlette " *n'a pu concurrencer celles des autres candidats, en réponse au cahier des charges établi par la Commune* " ⁴⁴² du fait de sa capacité financière insuffisante.

D'ailleurs, au plan national et toutes activités locales confondues, l'intérêt de la formule SEML est tout relatif puisque les dividendes distribuées sont pour le moins très exceptionnelles : « *en l'an 2000, 4 % seulement des SEML ont pu procéder à une distribution de dividendes* » ⁴⁴³ . La raison de cette situation réside sans doute dans le caractère de « *participations de convenance* » de la part des actionnaires privés. ⁴⁴⁴

Au regard du droit communautaire, l'absence de dividendes est considérée comme une aide économique indirecte. Cette pratique est d'ailleurs susceptible d'être sanctionnée⁴⁴⁵ .

Il est également évoqué en faveur de la SEML le partenariat avec le secteur privé ce qui ferait cruellement défaut à la Régie pour son expansion économique.

Mais, en réalité, cette situation ne constitue pas un obstacle au développement des régies en matière de remontées mécaniques.

⁴⁴¹ J.C Faraudo- Président du SNTF in compte rendu précité « Délégation de services publics : Quelle gouvernance pour les stations », p11 : « *La préoccupation de l'actionnaire consiste à savoir s'il est rémunéré. Or, nous nous apercevons que de nombreuses SEM éprouvent de graves difficultés financières* » .

⁴⁴² Revue TPBM du 29 octobre 2003 « Orcières Merlette : une nouvelle ère avec Rémy Loisirs ».

⁴⁴³ rapport J. Darne cité par C. Boiveau : « la société d'économie mixte locale, délégataire de service public » in AJDA 2002 p 1318

⁴⁴⁴ Philippe Limouzin-Lamothe, président de la CRC Midi-Pyrénées : « La pratique de la délégation de service public », AJDA 1996 p. 572.

⁴⁴⁵ Rapport public 2002 du Conseil d'Etat . La documentation française p 367 : « *le développement des prises de participations des autorités publiques dans le capital des entreprises a conduit la Commission à adresser, dès septembre 1984, un document aux Etats membres, dans lequel elle indique sa position générale en la matière. Tout en rappelant la neutralité du Traité vis à vis du régime de propriété des entreprises, elle considère qu'une appréciation au titre de l'article 87 s'impose lorsque la prise de participation révèle un comportement qui n'est pas celui d'un apporteur de capital à risque dans les conditions normales d'une économie de marché. L'intervention publique doit être en particulier qualifiée d'aide d'Etat si la situation financière de l'entreprise, et notamment la structure et la forme de l'endettement sont telles qu'il ne paraît pas justifié d'exempter un rendement normal des capitaux investis dans un délai raisonnable. Il en va de même lorsque l'entreprise, du seul fait de l'insuffisance de sa marge brute d'autofinancement, ne serait pas en mesure d'obtenir sur le marché des capitaux les moyens financiers nécessaires pour effectuer un programme d'investissements, ou dans le cas d'une participation temporaire dont la durée et le prix de cession sont fixés d'avance de sorte que le rendement qui en résulte pour l'apporteur de capital est sensiblement inférieur à la rétribution qu'il aurait été en droit d'attendre d'un placement pour une durée comparable sur le marché des capitaux* » .

Premièrement, la carence de l'apport de compétences provenant en interne de l'actionnariat pour une SEM peut être comblée en externe pour une régie par le recours à des Cabinets conseils en développement.

En second lieu, le renforcement financier de la SEM par l'apport de capitaux privés ne se traduit pas le plus souvent par une réelle externalisation des risques financiers. En effet, ainsi qu'il ressort des observations des Chambres Régionales des Comptes, les collectivités organisatrices sont le plus souvent appelées à garantir les emprunts souscrits pour l'aménagement du domaine skiable par leur SEM d'exploitation supportant donc au final les risques financiers .

Enfin, il est souvent avancé que l'organisation d'une SEML de statut commercial serait par nature plus performante qu'une structure publique . Or avec une régie personnalisée, les circuits de décision sont aussi rapides que ceux d'une SEM du fait de la pleine compétence du conseil d'administration pour gérer l'établissement public et des larges pouvoirs de son directeur.

De plus, la régie à l'instar de la SEM, n'engendre pas des frais de structure et autorise une réelle connaissance des coûts avec autant sinon plus de transparence .

Section IV – Un mode de gestion victime d'une réputation injustifiée

§1.- Une réputation de lourdeur administrative héritée de son organisation structurelle passée

Le statut de la Régie depuis les décrets fondateurs de 1926 et 1930 , a été conçu dès l'origine par la République centralisatrice « *comme un moyen d'affaiblir l'emprise des communes sur leurs services et donc de limiter les effets de la décentralisation. Le décret de 1930, comme bien d'autres de la même époque , exprime une véritable politique de détachement des services vis à vis de la collectivité qui en a théoriquement la charge* »⁴⁴⁶

La soustraction de l'emprise du service industriel et commercial géré en régie à sa collectivité de rattachement, se manifestait d'abord par l'exercice du pouvoir de nomination des membres du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation. Il faudra attendre le décret N°88-621 du 6 mai 1988 (soit seulement une quinzaine d'année en arrière) pour conférer au maire le pouvoir de désignation de la totalité de ses membres et sans restriction aucune. Antérieurement, un quart des membres était désigné directement par le Préfet, et les autres par le Maire mais avec l'agrément préalable de l'autorité préfectorale ce qui restreignait fortement sa liberté d'action.

La restriction du rôle des élus résidait également dans l'encadrement de leur participation au sein du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation où leur

⁴⁴⁶ J.C Douence « Les services publics locaux » rub N°64 in « Régies locales ». Encyclopédie Dalloz Collectivités Locales. A l'appui de son exposé, l'auteur cite le texte suivant : « *Pour les services locaux, il importe avant tout de les soustraire à l'action des assemblées locales, trop proches de l'électeur. A cet égard la création de régies indépendants apparaît fort utile... (Maspétiol et Laroque, la tutelle administrative, Sirey 1930 p343)* ».

présence était limitée au tiers des membres . C'est une révolution du décret du 21 février 2001 que d'avoir supprimé cette limitation en posant le principe contraire, soit une représentation majoritaire des élus locaux. Cette disposition nouvelle renforce la maîtrise organique de la collectivité « mère » sur sa régie et donc garantit la prise en compte de l'intérêt général.

C'est l'article 21 de la loi du 2 Mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, départements et des régions, qui supprime le principe de la tutelle et donc de l'approbation préalable par le préfet des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements apportant ainsi plus de souplesse dans la gestion des affaires locales.

C'est également le décret du 6 mai 1988 qui supprime l'obligation d'une enquête publique préalable à la création d'une régie non expressément prévue par une loi et confère à la collectivité locale le pouvoir de nomination du directeur de la régie. Antérieurement , le directeur de la régie personnalisée était nommé par le préfet et celui de la régie autonome par le maire sur agrément de l'autorité préfectorale.

Il est à noter que la tutelle antérieure sur les régies constituait une distorsion entre les différents modes de gestion des services publics locaux et portait atteinte de ce fait au principe de libre administration des collectivités territoriales ⁴⁴⁷ .

L'article 39 de la loi N92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, affirme le rôle prédominant joué par la collectivité qui a créé la régie . C'est ainsi qu'il revient à l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement de fixer les statuts de la régie.

C'est la loi N°99-586 du 12 juillet 1999 qui autorise l'ensemble des collectivités publiques locales a recourir à la régie . Antérieurement, seuls les départements ainsi que les communes et leurs syndicats ⁴⁴⁸ pouvaient créer des régies limitant ainsi considérablement le recours à ce mode d'exploitation .

Au vu de cet historique du statut de la régie, c'est seulement depuis peu de temps et de façon graduelle que celui-ci a connu une évolution notable pour en faire un instrument de gestion réellement au service des élus locaux . Dans ces conditions, l'intérêt de la régie « nouvelle façon » nécessite d'être porté à la connaissance des élus locaux pour être mieux connu.

§2.- Une réputation de mode d'exploitation anti-économique méritant d'être nuancée

A) Des critiques liées à la taille d'exploitation

⁴⁴⁷ Georges Frankart « *Services publics locaux : le bilan des récentes évolutions* » ? AJDA N° 11 -1990, p758 : « *En particulier, la création d'une régie nécessitait le recours à une enquête publique diligentée par le préfet et une partie des membres du conseil d'exploitation ou du conseil d'administration était nommée par le préfet. Cette rigidité de la réglementation relative aux régies était un élément de distorsion entre les différents modes de gestion des services publics locaux et portait aussi indirectement atteinte à la liberté de choix des collectivités locales pour l'exploitation de leurs services industriels et commerciaux ; elle constituait par ailleurs un obstacle à l'efficacité de la gestion du service* ».

⁴⁴⁸ C.E Avis Sect. Intérieur 1^{er} octobre 1996, N°359409, in Rapport Public 1996 N°48 p 305.

« Certes aussi, et les plus fervents adeptes du service public à la française le reconnaissent, la régie a des limites , en termes de productivité (elle bénéficie plus difficilement d'effets d'échelle), de capacité de recherche ... »⁴⁴⁹ .

Les critiques formulées à l'égard de la productivité ou de la recherche s'appliquent également au secteur des PME et ce n'est pas pour autant qu'il est envisagé pour ces motifs de renoncer dans l'économie nationale à ce type d'entreprises. Le recours à une SEML présente objectivement les mêmes caractéristiques.

La problématique de la taille critique de l'organisation territoriale française concerne presque tous les secteurs économiques relevant des collectivités territoriales. Le diagnostic est partout le même⁴⁵⁰ .

Toutefois, une étude récente effectuée par l'Association des Maires des Grandes Villes auprès de 88 de ses adhérents⁴⁵¹ , met en évidence une tendance lourde de restructuration de la gestion des services publics locaux désormais majoritairement administrés par des structures intercommunales, modifiant particulièrement la taille critique d'exploitation dans les secteurs suivants : eau et assainissement, transports urbains et traitement des déchets.

Si la gestion déléguée continue de prédominer, c'est en partie en raison de la continuation des contrats conclus antérieurement par les communes et transférés aux établissement public de coopération intercommunale.

Pour remédier aux problèmes soulevés dans le secteur des remontées mécaniques des solutions existent passant par l'endossement des régies à des collectivités plus importantes , par la création de pools de compétence comme cela se dessine en Suisse. La création d'un institut national regroupant les régies pourrait également apporter un soutien professionnel⁴⁵² .

B) Des critiques liées à une incapacité intrinsèque des régies à intervenir dans le secteur concurrentiel .

Selon J.F Auby, le mode d'exploitation en régie serait adapté uniquement à des situations de monopole et en aucun cas à un environnement concurrentiel dominé par le droit des affaires⁴⁵³ .

⁴⁴⁹ In Rapport public 2002 du Conseil d'Etat p 342.

⁴⁵⁰ in Avis du Conseil économique et social du 24 avril 2001 : La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux, M.T.P du 11/10/2002 .cahier détaché p 33 et s : « La taille critique était donc rarement atteinte sauf dans quelques grandes villes pour disposer d'experts compétents sur des questions devenues de plus en plus complexes au fil du temps. En outre, tant au niveau des élus qu'au niveau des cadres administratifs et techniques des collectivités territoriales, la capitalisation des connaissances, les échanges systématiques d'expérience, la diffusion des bonnes pratiques n'ont jamais été organisés à la hauteur qu'appelait l'importance d'enjeux de plus en plus lourds, auxquels ils ont été progressivement confrontés » .

⁴⁵¹ in « Les services publics locaux sont gérés majoritairement par les structures intercommunales », AJDA du 12 avril 2004, p 745.

⁴⁵² Aux Pays-Bas, les régies du services publics urbains en réseaux financent en commun la recherche et le développement selon l'Avis précité du Conseil économique et social du 24 avril 2001p 27 et s.

Cet axiome est loin d'être vérifié dans les faits puisque la régie départementale de Courchevel « SPTV » existant sous ce mode juridique jusqu'en 2000 , avant de devenir une SEML « S3V » , a hissé la station au rang international des grandes stations.

De même selon les dernières statistiques en matière de remontées mécaniques, la régie intercommunale du Tourmalet se hisse au rang de la 21^{ème} entreprise nationale du secteur⁴⁵⁴ .

C'est bien la problématique de la taille critique de la régie qui constitue le frein premier à son développement économique et non pas son statut juridique.

D'ailleurs, à l'occasion du passage en gestion déléguée des stations de Font-Romeu et Pyrénées 2000 courant année 2002 dans le giron de l'entreprise privée Altiservice, un des atouts de l'opération invoqué est la synergie avec les stations du même groupe à savoir Saint-Lary et Luchon⁴⁵⁵ .

C'est dans cet état d'esprit que la régie départementale des Pyrénées EPSA qui gère trois domaines skiables éclatés de Gourette, d'Artouste et de la Pierre-Saint-Martin, a concentré tous ses services sur un même site dans le cadre d'une politique de rationalisation de sa gestion tant administrative que technique.⁴⁵⁶

C) Des critiques liées à la gestion des personnels

« La régie a des limites , en termes...de souplesse de gestion du personnel ou simplement de changements de dirigeants... »⁴⁵⁷ .

Il s'agit là d'une critique pour partie infondée. En matière de ressources humaines, les personnels sont , sauf exceptions limitées, soumis au droit commun et donc relevant de la convention collective des remontées mécaniques ; c'est-à-dire dans des conditions identiques aux personnels des sociétés d'économie mixte ou commerciales. Il n'y a pas de différenciation fondamentale de la régie sur ce point.

Par contre, il est exact que le statut personnel de droit public du directeur est juridiquement précaire à plusieurs titres ; ce qui ne facilite pas une mobilité au sein des régies mais plutôt une attraction vers la SEML ou la société de droit privé.

Ce problème d'ordre statutaire peut être résolu par une réforme appropriée du statut

⁴⁵³ in compte-rendu précité : « Délégation de services publics : quelle gouvernance pour les stations ? » p 39 : « *De plus, il est nécessaire d'avoir des idées simples. Le statut de droit public est bien adapté à des activités de monopole, qu'elles soient à caractère administratif ou à caractère industriel et commercial. En revanche, dès qu'il s'agit d'une activité concurrentielle , le régime de droit public impose de lourdes contraintes, qui nécessitent le passage vers un régime de droit privé. En matière de gestion de domaines skiables, il y a tout intérêt de passer dans un régime de droit privé, qu'il s'agisse d'une SEM ou d'une société anonyme* ».

⁴⁵⁴ « remontées mécaniques : 100 exploitants à la loupe », in Aménagement et Montagne, Juillet-Août 2003,p21

⁴⁵⁵ « Font-Romeu et Pyrénées 2000 passent chez Altiservice », in Aménagement et Montagne, décembre2002-Janvier 2003, p.10

⁴⁵⁶ « *EPSA industrialise sa gestion* », in Aménagement et Montagne 2002, N° 170, p40.

⁴⁵⁷ *In Rapport public 2002 du Conseil d'Etat p 342.*

de directeur de régie.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Le choix de la régie pour la gestion des domaines skiables a été justifié non seulement par des considérations juridiques fondées sur les dispositions du décret du 28 février 2001 régissant le statut des régies et que les perspectives communautaires en matière de service public et de réglementation sectorielle ne semblent pas remettre en cause, mais aussi par l'intérêt de ce mode de gestion .

En effet, une analyse comparative avec le mode de gestion déléguée a confirmé cette orientation, tant en considération des avantages juridiques du statut de la régie que de ses qualités en terme de gestion.

Il convient désormais de vérifier ce choix au regard de l'examen du fonctionnement des régies de remontées mécaniques.

SECONDE PARTIE. LA REALISATION DU CHOIX – LE FONCTIONNEMENT DES REGIES DE REMONTÉES MECANIQUES

La possibilité et l'intérêt de recourir au mode de gestion en régie pour l'exploitation des remontées mécaniques ayant été démontré dans une première partie, il convient désormais de confronter cette position à la réalisation du choix, c'est à dire à une étude sur le fonctionnement des régies.

Dans cette optique, l'examen du fonctionnement des régies conduit à étudier successivement la gouvernance d'entreprise des régies (Titre I) puis la gestion d'entreprise des régies d'exploitation des remontées mécaniques (Titre II) .

TITRE I – LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE DES REGIES DE REMONTÉES MECANIQUES

L'étude des principes régissant le fonctionnement de la régie des remontées mécaniques ou « *gouvernance d'entreprise* »⁴⁵⁸, amène à considérer successivement la direction de la régie (Chapitre 1) , puis les modalités de contrôle et de cessation de ses activités (

Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES.

Le fonctionnement de la direction de la régie d'exploitation des remontées mécaniques ou « *gouvernement d'entreprise* »⁴⁵⁹, s'articule autour de deux pôles de compétence : les organes exécutifs (section I) et les organes délibérants (section II).

SECTION I : LES ORGANES EXECUTIFS DES REGIES

Les organes exécutifs des régies sont au nombre de trois :

- l'Exécutif de la collectivité de rattachement ;
- le Président du Conseil d'Administration ou du Conseil d'Exploitation ;
- le Directeur de la régie .

Toutefois, cet apparent triumvirat des organes Exécutifs est caractérisé :

- d'une part, par la prééminence d'un des organes d'administration :
 - le directeur pour la régie personnalisée ;
 - et le Président de l'Exécutif de la collectivité de rattachement pour la régie autonome avec la possibilité pour ce dernier de déléguer la gestion au directeur en lui accordant à cet effet délégation de signature ;
- Et d'autre part, par l'effacement du rôle du Président du conseil d'administration et du conseil d'exploitationsauf le cas échéant pour les régies autonomes dont la collectivité de rattachement est inférieure au seuil de 3 500 habitants. En ce cas, la présidence du conseil d'exploitation peut être confiée à l'exécutif de la collectivité de rattachement si les statuts adoptent l'organisation simplifiée prévue à l'article R 2221-65 du CGCT

§-1. La Direction Générale

⁴⁵⁸ L'expression désigne la doctrine du gouvernement d'entreprise : « ...pour inciter un organe ou une institution à mieux fonctionner » (J.J. Daigre in : « Le droit des sociétés pour 2004 »,Dalloz 2003, p.16). Par exemple : « Nous avons axé notre réflexion sur les façons d'améliorer la gouvernance sans perdre de vue que nos sociétés doivent demeurer concurrentielles dans une économie de marché. Nos recommandations vont au delà de la conformité et proposent des lignes directrices, des principes et des pratiques qui aideront les administrateurs à créer une saine culture d'entreprise là où ça compte, c'est à dire dans la salle du conseil » (extrait de la Préface du rapport final sur la gouvernance d'entreprise, site ICCA).

⁴⁵⁹ L'expression désigne le « *gouvernement des sociétés* » (P. Merle : « Droit commercial »,Dalloz, 9^{ème} édition, p.275) et par extension la direction de toute entreprise privée ou publique.

Selon les dispositions en vigueur pour les sociétés anonymes, celles-ci sont dirigées soit par le Président du Conseil d'Administration , soit par un Directeur Général selon la volonté du conseil d'administration ⁴⁶⁰ .

Cette double possibilité de direction existe en matière de régie ; mais elle ne dépend pas de la volonté de son instance délibérante mais du choix de son statut juridique .

A) En cas de Régie Autonome

La direction générale de la régie autonome revient au Président de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement ; le président du conseil d'exploitation étant écarté de cette fonction du fait à la fois du caractère seulement consultatif de cette instance et de son absence de personnalité morale.

En application de l'article R. 2221-63 du CGCT , l'exécutif de la collectivité de rattachement ⁴⁶¹ est par rapport à la régie autonome :

- son ordonnateur ;
- et son représentant légal .

Ses attributions consistent également à exécuter les décisions de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement après consultation du conseil d'exploitation pour les décisions de gestion les plus importantes.

A cet égard , il lui revient de présenter les documents budgétaires au vote à l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement et de prendre toutes dispositions en vue de la cessation éventuelle de l'activité de la régie ⁴⁶² .

Par ailleurs, il dispose du pouvoir de nomination et de licenciement du directeur ⁴⁶³ . Il propose la rémunération de ce dernier à l'avis du conseil d'exploitation, puis à la décision de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement ⁴⁶⁴ , de la même façon qu'un Président Directeur Général de société commerciale cumule la fonction de président du conseil d'administration avec celle de directeur d'entreprise.

L'Exécutif de la collectivité de rattachement cumule ainsi selon les dispositions du décret du 23 février 2001, la direction générale de la régie autonome avec la Présidence de l'organe délibérant de la collectivité de rattachement.

⁴⁶⁰ Art L 225-51 al.1^{er} du C. com : « *La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité , soit par le président du conseil d'administration , soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général* ».

⁴⁶¹ suivant le cas : le Maire , le Président du syndicat intercommunal ou de la communauté de communes, etc...

⁴⁶² Art. R 2221-71 du CGCT

⁴⁶³ Art. R 2221-67 du CGCT.

⁴⁶⁴ Art. R 2221-73 du CGCT.

Toutefois, il peut déléguer sa signature au directeur de la régie autonome, lui transférant non pas l'attribution de la direction générale mais l'exercice quotidienne de celle-ci.

Dans ces conditions, si le directeur n'est effectivement ni l'ordonnateur, ni le représentant légal d'une régie autonome; compétences revenant à l'exécutif de la collectivité de rattachement, ses attributions font néanmoins de lui un gestionnaire efficace. A ce titre, elles consistent à :

1. préparer le budget Art. R 2221-68 du CGCT;
2. procéder aux ventes et achats courant sous l'autorité du Maire, et dans les conditions fixées aux statuts ;
3. nommer et révoquer les personnels sous réserve des dispositions des statuts Art. R 2221-74 du CGCT ;
4. recevoir de l'exécutif de la collectivité de rattachement délégation de signature pour toute matière intéressant le fonctionnement de la régie Art. R 2221-63 du CGCT.

En ce qui concerne la gestion des personnels, l'expression précitée « *sous réserve des dispositions des statuts* », est ambiguë .

Pour JC Douence, cela signifie simplement que le pouvoir de nomination et de révocation du directeur de la régie autonome se limite aux agents de droit privé puisque les fonctionnaires territoriaux affectés à une régie conservent leur statut à titre personnel sur le fondement de l'article 2 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires⁴⁶⁵ .

Mais on voit mal le pouvoir hiérarchique du directeur être conditionné par le statut juridique de ses subordonnés. C'est pourquoi, l'interprétation extensive faite par les auteurs de l'ouvrage « Fonction Publique Territoriale » - Edition LITEC⁴⁶⁶, est plus plausible. Selon celle-ci, le terme « statuts » a une signification générique plus générale renvoyant à l'ensemble des situations individuelles des agents dans les conditions prévues à l'article R 221-72-5^{eme} alinéa du CGCT, lorsque l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement « *règle les conditions de recrutement, de licenciement et de rémunération du personnel* » tant à l'égard des fonctionnaires en service que des agents contractuels.

En outre, il convient d'y ajouter également une limitation de pouvoir à l'égard du comptable spécial comme pour la régie personnalisée bien que le CGCT n'y fasse pas explicitement référence .

Compte tenu du moindre degré d'indépendance de gestion de la régie autonome par rapport à la collectivité de rattachement, les attributions du directeur font de lui simplement le principal collaborateur de l'exécutif de la collectivité de rattachement ; qui conserve dans ce cas la fonction de direction générale de la régie autonome. Néanmoins

⁴⁶⁵ commentaire du Décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies, in AJDA 2001, p 376.

⁴⁶⁶ Fasc 55, Rub n° 23.

par le possibilité d'obtenir une délégation de signature de la part de l'Exécutif de la collectivité de rattachement, il peut acquérir dans la réalité des affaires une autonomie de gestion se rapprochant de celle d'un directeur d'une régie personnalisée.

B) En cas de Régie Personnalisée

La direction générale d'une régie personnalisée est assurée par son Directeur .

En application respectivement des articles R. 2221-28 et R. 2221-22 du CGCT , le Directeur est par rapport à la régie personnalisée gérant un service industriel et commercial :

- son ordonnateur ;
- et son représentant légal .

Sa qualité de « représentant légal » lui confère le pouvoir d'ester en justice et de prendre toutes mesures conservatoires. En cas de conflit d'intérêts entre le Directeur et la Régie Personnalisée, par exemple à l'occasion d'un conflit du travail, le Conseil d'Administration peut dans cette hypothèse désigner un autre représentant légal en la personne de son Président⁴⁶⁷ .

De plus , ses attributions consistent à assurer le fonctionnement de la régie et notamment⁴⁶⁸ :

Exécuter les décisions du conseil d'administration . A ce titre, il passe tous les 1.
contrats et marchés ;et doit en rendre compte au plus prochain conseil
d'administrationArt. R 2221-23 du CGCT.

Diriger l'ensemble des services y compris le pouvoir de recruter et de licencier les 2.
personnels . Il peut déléguer sa signature à un ou plusieurs chefs de serviceArt. R
2221-29 du CGCT. Il peut faire assermenter des personnels de la régie à condition
que ceux-ci soient également agréés du Préfet.

Prescrire , en tant qu'ordonnateur, l'exécution des recettes et des dépenses . Il existe 3.
des dispositions spécifiques concernant ses relations professionnelles avec le
comptable public mais peut à tout moment prendre connaissance de la comptabilité
du comptableArt. R 2221-34 du CGCT.

Par l'étendue des ses compétences statutaires, la fonction de directeur pour le management d'une régie personnalisée industrielle et commerciale est comparable à celle de directeur d'une SEM locale ou de directeur général d'une société commerciale . Du fait de l'absence d'attributions en matière de gestion courante tant du Président de la

⁴⁶⁷ Rép. Minist. J.O. AN. Q. 13 Janvier 2003, p.217 : « *Le ministre rappelle tout d'abord que le directeur doit être autorisé par le conseil d'administration à agir en justice et juge peu vraisemblable que le conseil l'y autorise lors d'un contentieux avec lui-même. Dans un tel cas, le directeur agissant en son nom propre, le conseil d'administration, en vertu de sa compétence générale prévue à l'article R 2221-18, peut désigner un autre représentant, qui peut être le président* » .

⁴⁶⁸ Art. R 2221-28 du CGCT

collectivité « Mère » que du Président du Conseil d'Administration, le directeur de la régie personnalisée bénéficie d'un véritable monarchisme en sa faveur dans la direction générale de la régie. Il est pleinement le gérant du service industriel et commercial pour le compte de la collectivité publique.

L'exécutif de la collectivité de rattachement ne dispose pas de pouvoirs propres à l'égard d'une régie personnalisée gérant un service industriel et commercial.

Tout au plus, il peut assister aux réunions du conseil d'administration ou se faire représenter avec voix consultative⁴⁶⁹.

Pour éviter toutes confusions à propos de la différence de situations entre un directeur de régie personnalisée qui dispose d'importants pouvoirs propres de gestion, et un directeur de régie autonome dont l'amplitude de son pouvoir dépend en grande partie d'une délégation de signature de la part l'exécutif de la collectivité de rattachement, il conviendrait de modifier la terminologie employée. Le titre de « *directeur général* » pourrait être réservé au directeur d'une régie personnalisée.

Le droit des sociétés, du fait des dispositions de l'article 118 la loi sur la sécurité financière du 1^{er} Aout 2003 généralisant la possibilité de confier la direction générale au directeur plutôt qu'à un président directeur général, connaît également cette différenciation entre « *deux catégories de directeurs : ceux qui auront et ceux qui n'auront pas un pouvoir de représentation* »⁴⁷⁰.

De plus, la loi NRE du 15 mai 2001 avec la modification de la rédaction de l'article L 222-51-1 du code du commerce, tend à favoriser une dissociation de la fonction de directeur de sociétés commerciales avec celle d'actionnaire en prévoyant que le directeur n'ait pas obligatoirement la qualité d'administrateur ; ce qui est le cas du directeur de la régie personnalisée ou autonome.

§-2. Le Président du Conseil d'Administration ou du Conseil d'Exploitation

Lorsque la direction générale d'une société commerciale est confiée à un directeur général, le rôle du président du conseil d'administration est très limité. Il n'a aucun pouvoir de direction ni de représentation envers les tiers⁴⁷¹ ; mais seulement celui de s'assurer du bon fonctionnement du conseil d'administration.

Il en est de même en matière de régie personnalisée ou autonome.

En application de l'article R. 2221-9 du C.G.C.T, le Président est élu par le conseil d'administration ou le conseil d'exploitation. Il lui revient de convoquer le conseil d'administration ou le conseil d'exploitation, d'arrêter l'ordre du jour et de présider la séance.

⁴⁶⁹ Art. R 2221-20 du CGCT

⁴⁷⁰ A .Courret : « *Diverses précisions législatives et jurisprudentielles* », contribution à l'ouvrage « *Le droit des sociétés pour 2004* », journée d'études du 16 Octobre 2003, Dalloz, p70.

⁴⁷¹ B et C. Grandguillot : « *L'essentiel du droit des sociétés commerciales* », 3^{ème} édition Guallino, p 62

En sus, comme évoqué, le Président du conseil d'administration d'une régie personnalisée a compétence pour procéder à la nomination du directeur ⁴⁷² après désignation de l'intéressé par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement sur proposition de son Exécutif .Il est en compétence liée n'ayant réellement pas d'autre choix que d'entériner celui effectué par la collectivité « mère ».

Le Président du conseil d'exploitation d'une régie autonome n'est même pas consulté lors de la nomination du directeur par la collectivité de rattachement.

Le Président du conseil d'administration peut à tout moment prendre connaissance de la comptabilité du comptable ⁴⁷³, sans doute pour contrôler la comptabilité du Directeur qui est l'ordonnateur de la régie personnalisée.

Cette disposition n'existe pas pour le Président du conseil d'exploitation puisque dans ce cas, l'ordonnateur n'est pas le directeur de la régie autonome, mais l'exécutif de la collectivité de rattachement.

En définitive, les pouvoirs du Président du Conseil d'Administration et du Président du Conseil d'exploitation sont très réduits étant dépourvus de pouvoirs de gestion commerciale de la régie.

SECTION II : LES INSTANCES DELIBERANTES DES REGIES

Au delà de l'examen de l'organisation et des attributions des instances délibérantes, il y a lieu également d'évaluer leurs fonctions dans la gestion des régies.

§1) Composition, désignation et fonctionnement des conseils d'administration et d'exploitation

Les règles d'organisation administrative des régies déterminées pour les régies municipales sont étendues par l'article R. 1412-3 du C.G.C.T, à l'ensemble des régies dépendant des établissements de coopération intercommunale, des départements, des régions et des établissements publics relevant de ces collectivités.

La détermination par voie réglementaire de l'organisation et des attributions du conseil d'exploitation et du conseil d'administration des régies locales évite les difficultés pratiques qui auraient pu survenir si leurs compositions et compétences étaient susceptibles de découler entièrement de la rédaction des statuts comme dans le cas de sociétés commerciales. Le décret du 23 février 2001 permet une homogénéisation des statuts des régies pour une plus grande efficacité tout en demeurant adaptable.

A) Composition des Conseil d'Administration et d'Exploitation

Les articles R. 2221-2 à R. 2221-10 du CGCT fixent de manière identique la composition

⁴⁷² in Circulaire du 5 mars d'application du décret N° 2001-184 du 23 Février 2001 : « *Directeur désigné par le conseil municipal sur proposition du maire et nommé par le président du conseil d'administration de la régie (Cf. articles L 2221-10 et R 2221-21) ».*

⁴⁷³ Art. R 2221-11 du CGCT

du Conseil d'Administration de la Régie Personnalisée et du Conseil d'Exploitation de la Régie Autonome ainsi que les modalités de désignation de leurs membres.

Le nombre de membres du Conseil d'Administration ou du Conseil d'Exploitation ne peut être inférieur à trois sans qu'un maximum soit arrêté ⁴⁷⁴.

Les délégués issus de l'assemblée délibérante de l'autorité organisatrice doivent détenir la majorité des sièges au sein du Conseil d'Administration et du Conseil d'Exploitation. Par analogie avec la composition du conseil d'administration d'une SEM locale, cette représentation majoritaire des élus de la collectivité « mère » équivaut à la représentation de l'actionariat public dominant.

Par contre, à la différence avec l'organe délibérant d'une SEM locale constituée exclusivement de représentants des actionnaires, la composition du Conseil d'Administration et du Conseil d'exploitation d'une régie comporte également des « personnes qualifiées » représentant de la sorte un avantage de gestion. En effet, s'agissant de l'exploitation des remontées mécaniques, cette formation élargie des organes de gestion peut être très fédératrice au niveau d'une station de ski par la représentation des acteurs socio-économiques (délégués de l'Office de Tourisme, des hébergeurs, des commerçants) outre les représentants des usagers et des personnels.

En terme de gouvernement d'entreprise, le rapport N° 2 de M. VIENOT de juillet 1999 établi à l'initiative du MEDEF et de l'AFEP recommande la présence au sein des conseils d'administration des sociétés commerciales d'au moins un tiers d'administrateurs indépendants ⁴⁷⁵. Sur ce point, la composition du Conseil d'Administration et du Conseil d'exploitation d'une régie répond parfaitement à cette exigence qui poursuit un objectif de transparence de la gestion par l'adjonction de contrôle externe au sein des organes de direction.

Par ailleurs, en ce qui concerne les Régies Autonomes, existent deux possibilités de simplification de la composition du Conseil d'Exploitation.

La première consiste à ce que le Conseil d'Exploitation peut tout simplement être constitué par le Conseil Municipal, lorsque la commune de rattachement est inférieure au seuil de 3 500 habitants en application de l'article R. 2221-65 du CGCT ⁴⁷⁶. Cette disposition est étendue aux régies autonomes dépendantes de groupements de communes de moins de 3 500 habitants.

La seconde est régie par le dernier paragraphe de l'article L. 2221-13 du C.G.C.T ⁴⁷⁷ qui prévoit que les conseils d'exploitation des Régies Autonomes d'intérêt intercommunal exploitées par un Syndicat Intercommunal à Vocation Unique (S.I.V.U.) „ puisse se

⁴⁷⁴ le modèle type de statuts de l'ouvrage « Formulaires du Maire » Edition LITEC, propose 9 membres sans dépasser 15.

⁴⁷⁵ Rapport accessible sur le site de l'Institut Canadien des comptables agréés. Recommandations N° 22 et 23 et la définition en est donnée : « un administrateur est indépendant de la direction de la société lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société ou son groupement qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement » .

⁴⁷⁶ « Dans les communes ou groupements de communes de moins de 3 500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal ».

confondre avec l'administration du Syndicat. Dans ce cas, l'article R. 2221-66⁴⁷⁸ dispose que le comité syndical est élargi à des personnes extérieures pour exercer les attributions du Conseil d'Exploitation.

Eventuellement se pose la question du cumul des deux mesures de simplification précitées.

En effet, il peut tout à fait exister un S.I.V.U. d'exploitation de domaine skiable, dont la population totale des collectivités adhérentes demeure inférieure au seuil de 3 500 habitants. En ce cas, si le conseil d'exploitation se confond avec le comité syndical, doit-il pour autant élargir sa composition à des personnes extérieures ?.

Malgré les lacunes de rédaction de l'article R 2221-65⁴⁷⁹, le terme « *groupement de communes* » laisse entendre une réponse positive en incluant la notion de S.I.V.U. En conséquence, il n'existe pas d'obligation de désigner des personnalités extérieures dans cette hypothèse.

Il y a lieu de noter que ces dispositions de simplification ne sont pas étendues au Conseil d'Administration des Régies Personnalisées.

B) Modalités de désignation des membres des conseils d'Administration et d'Exploitation

Les membres de ces conseils, qu'ils aient la qualité d'élus ou de personnalités qualifiées, sont désignés par l'assemblée délibérante de l'autorité organisatrice sur proposition de son exécutif⁴⁸⁰.

En l'absence de règles particulières d'élections, il doit être recouru aux modalités générales de vote prévues à l'article L.2121-21 du CGCT soit au scrutin majoritaire et secret. Pour J.C. Douence⁴⁸¹, l'exigence d'une présentation par le Maire des candidats

⁴⁷⁷ « Si ce syndicat est constitué exclusivement en vue de l'exploitation d'un service administratif ou industriel ou commercial, les communes peuvent demander que l'administration du syndicat se confondent avec celle de la régie. Dans ce cas, l'acte institutif du syndicat peut apporter des modifications aux règles fixées par le chapitre II du titre 1^{er} du livre II de la cinquième partie ».

⁴⁷⁸ « Lorsqu'il est fait application des dispositions du quatrième alinéa de l'article L 2221-13, le comité du syndicat est élargi à des personnes extérieures pour exercer les attributions du conseil d'exploitation, les membres du comité syndical devant détenir plus de la moitié des sièges de celui-ci... ».

⁴⁷⁹ « Dans les communes ou **groupements** de communes de moins de 3500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal. Dans ce cas, la présidence du Conseil d'Exploitation peut être assurée par le maire ou par l'un de ses membres, désigné par le maire à cet effet ». La rédaction adéquate de l'article R. 2221-65 du CGCT. aurait du être la suivante « Dans les communes ou groupements de communes de moins de 3500 habitants, le conseil d'exploitation peut être l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement . Dans ce cas, la présidence du Conseil d'Exploitation peut être assurée par l'exécutif de la collectivité de rattachement ou par l'un de ses membres, désigné par l'exécutif de la collectivité de rattachement à cet effet ».

⁴⁸⁰ Art. R 2221-4 du CGCT.

⁴⁸¹ in Dalloz Coll.Loc. déjà cité - fasc 6223 – Rub N° 113

exclut la possibilité de recourir au scrutin proportionnel appliqué couramment pour la désignation de délégués communaux au sein d'autres organismes.

La durée des fonctions des membres de ces conseils ne saurait dépasser la durée du mandat municipal. Les statuts doivent également définir le mode de renouvellement des membres de ces conseils⁴⁸².

En application de l'article R. 2221-4 du C.G.C.T, la désignation des personnalités qualifiées au sein des Conseils d'Administration et du Conseil d'Exploitation doit être effectuée en fonction de critères définis dans les statuts, par exemple par référence à des catégories socio-professionnelles.

Il n'est plus prévu de conditions de nationalité opposable aux membres du Conseil d'Administration et du Conseil d'Exploitation⁴⁸³. Par contre, il est exigé d'être en possession des droits civils et des règles déontologiques proscrivent une prise d'intérêt direct ou indirect avec la régie par ses membres ; ce qui exclut les personnes ayant la qualité d'entrepreneur en relation commerciale avec la Régie.

En cas d'infraction aux règles déontologiques, les membres sont déchus de leurs fonctions par le Conseil d'Administration ou le Conseil d'Exploitation suivant le cas, ou par le Préfet en cas d'inaction de ces organes.

C) Règles de fonctionnement des Conseils d'Administration et d'Exploitation

Les règles de fonctionnement du Conseil d'Administration ou du Conseil d'Exploitation sont identiques, soit :

- une réunion trimestrielle obligatoire, et plus à la demande du Président ou du Préfet ou de la majorité de ses membres,
- les séances ne sont pas publiques et ce pour préserver la confidentialité de la gestion commerciale ; à la différence de la gestion publique dont les réunions des assemblées délibérantes se déroulent en présence du public sauf huis clos .

La périodicité minimale de 4 fois par an correspondant à un rythme comparable à celui existant pour les sociétés commerciales⁴⁸⁴.

En application de l'article R 2221-9 du CGCT, le Conseil d'Administration et le

⁴⁸² par exemple in ouvrage déjà cité Formulaires des Maires : « en cas de démission ou de décès, il est procédé dans les plus brefs délais au remplacement de la personne démissionnaire ou décédée et le nouveau membre exerce son mandat pour la durée qui reste à courir jusqu'au renouvellement du Conseil Municipal ».

⁴⁸³ Réponse Ministérielle J.O. AN 13 Janvier 2003 – p.407

⁴⁸⁴ in ouvrage précité « Sociétés commerciales », p 449 : « En pratique, la fréquence des réunions est très variable. Dans les petites sociétés anonymes où le conseil n'a souvent qu'un rôle symbolique, il est réuni seulement une fois, avant l'assemblée générale ordinaire annuelle, par nécessité légale (art.L 225-100 al.2 et L 225-238 du C. com.). Dans les sociétés cotées , sous l'influence du gouvernement d'entreprise, le rythme moyen est passé à six réunions par an, d'environ trois heures chacune (Etude Korn Ferry International) ».

Conseil d'Exploitation élit en leur sein, leur Président et Vice(s)-Président(s) en fonction des indications portées aux statuts . En cas de partage des voix, la voix du Président est prépondérante.

Toutefois, la rédaction de l'article R 2221-65 du C.G.C.T, relatif à la simplification organisationnelle dans les collectivités de moins de 3 500 habitants , laisse entendre que dans cette hypothèse la présidence du Conseil d'Exploitation de la Régie Autonome peut être assurée de droit, si les statuts le prévoient, par l'exécutif de la collectivité de rattachement ou son représentant. Il n'y aurait ainsi pas d'élection pour la fonction de président.

Par ailleurs, l'exécutif de la collectivité de rattachement ou son représentant peut assister avec voix consultative, aux séances du Conseil d'Administration ⁴⁸⁵ .

Il est à noter que cette disposition n'existe pas pour un Conseil d'Exploitation.

La raison de cette différence de situation doit être trouvée dans les attributions purement consultatives du Conseil d'Exploitation alors que le Conseil d'Administration a des pouvoirs décisionnels ; ce qui explique que la présence du représentant de la collectivité de rattachement est stratégique au sein de ce dernier organe.

Le Directeur de la Régie assiste aux séances avec voix consultative, sauf lorsqu'il est personnellement intéressé par une question.

Les fonctions de membres du Conseil d'Administration ou du Conseil d'Exploitation sont gratuites et n'ouvrent droit qu'au remboursement des frais de déplacements selon les règles en vigueur pour la Fonction Publique.

Un même conseil d'exploitation peut être chargé de l'administration de plusieurs régies ⁴⁸⁶ . Paradoxalement, cette disposition peut être utile aux collectivités ayant délégué l'exploitation des remontées mécaniques mais en conservant la gestion des pistes en régie autonome. Le cas échéant, une seconde régie autonome pourrait être créée pour l'exploitation du domaine nordique et ainsi, le même conseil d'exploitation se verrait gérer ces 2 activités.

Cette clause n'est pas prévue pour le conseil d'administration d'une régie personnalisée mais il est toujours possible d'étendre la compétence de la régie à l'ensemble des activités de sports d'hiver.

§2) Attributions des Instances délibérantes dans l'administration de la régie par rapport à la direction générale :

L'article L 2221-10 du C.G.C.T relatif aux régies personnalisées, précise qu'elles sont : « *administrées par un conseil d'administration et un directeur ...* » .

La rédaction de l'article L 2221-14 concernant les régies autonomes est très proche : « Elles sont administrées, sous l'autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil

⁴⁸⁵ article R. 2221-20 du CGCT.

⁴⁸⁶ Art. R. 2221-3 du CGCT.

d'exploitation et un directeur... ».

Dans les deux cas, le verbe « *administrer* » pourrait laisser naître une confusion sur la nature exacte du rôle dévolu aux instances délibérantes des régies, quoiqu'il soit associé à chaque fois avec la fonction du directeur, laissant ainsi penser à une répartition de responsabilités entre ces deux organes de gouvernement de l'entreprise de la régie. Cette rédaction fait penser à celle du code du commerce avant la loi NRE du 15 mai 2001 dans ses dispositions relatives aux rôles du conseil d'administrateur et du directeur général⁴⁸⁷.

La nature exacte des fonctions dévolues aux conseil d'administration et d'exploitation des régies doit donc s'apprécier en premier lieu par référence aux attributions reconnues à la direction générale laquelle est à la fois l'ordonnateur et le représentant légal de la régie comme cela a été exposé précédemment ; et avec les pouvoirs de gestion courante lui revenant pour assurer cette double mission.

Ceci étant exposé, il est possible ensuite de définir le rôle revenant aux conseils d'administration et d'exploitation en fonction des dispositions du CGCT qui leur sont propres.

A) Le Conseil d'Administration

En ce qui concerne la régie personnalisée, l'article R .2221-18 du CGCT confère une compétence large au Conseil d'Administration. Celui-ci : « *délibère sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie* ».

Sa rédaction est à rapprocher de celle de l'article L 2121-29⁴⁸⁸ du CGCT relatif aux attributions du conseil municipal. Ainsi, le conseil d'administration d'une régie personnalisée est bien l'assemblée délibérante du service public confié à un établissement public, qui possède non seulement l'autonomie financière mais surtout la personnalité morale par rapport à la collectivité de rattachement.

L'article R. 2221-19 du C.G.C.T⁴⁸⁹ affirme le pouvoir exclusif du conseil d'administration en matière de gestion des biens immobiliers appartenant à la régie personnalisée, que cela soit pour l'acquisition, l'aliénation ou la vente.

Cette disposition est à rapprocher de l'article L 225-56-al. 3 du code du commerce, lequel ouvre la faculté pour les actes de gestion les plus importants que la direction générale soit obligée, si les statuts le prévoient, de recueillir l'aval du conseil

⁴⁸⁷ P. Merle : « Sociétés Commerciales », Dalloz, 9^{ème} édition, p 467 : « ... le texte, dans sa dernière rédaction, disposait que le conseil d'administration était « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » (al. 1^{er}). Cette rédaction ne reflétait cependant pas la véritable activité des conseils et instaurait un chevauchement fâcheux avec les pouvoirs du PDG, également « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » (art. 113 al.2 L.1966) ».

⁴⁸⁸ « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune... ».

⁴⁸⁹ « Le conseil d'administration décide des acquisitions, aliénations et prises en location de biens immobiliers, ainsi que les mises en location de biens mobiliers et immobiliers qui appartiennent à la régie ».

d'administration ; ce qui est d'ailleurs , semble-t-il, la pratique dominante.

En application de l'article R. 2221-24 du C.G.C.T, le Conseil d'Administration peut déléguer au directeur ses compétences pour la passation de marchés pouvant être passés en la forme négociée en raison de leur montant.

En vertu de l'article R. 2221-38 du C.G.C.T ⁴⁹⁰ , le conseil d'administration a compétence en principe pour fixer le taux des redevances dues par les usagers de la régie .

Toutefois, cette disposition ne saurait s'appliquer aux régies personnalisées exploitant des remontées mécaniques en raison de prescriptions législatives particulières en ce domaine de l'article 45 de la loi « Montagne » du 9 janvier 1985 renvoyant sur ce point à l'article 7.III de la loi « L.O.T.I. » du 30 décembre 1982. Cet article dispose que la fixation des tarifs relève du pouvoir de l'assemblée délibérante de l'autorité organisatrice ⁴⁹¹ .

Ainsi, par exception, du fait que la régie personnalisée des remontées mécaniques agit comme exploitante d'un service public de transport de personnes, son conseil d'administration n'a pas compétence pour fixer la tarification due par les usagers.

Au demeurant, cette limitation d'attribution est dans le droit fil de la jurisprudence administrative concernant de façon générale la détermination des tarifs publics. C'est ainsi qu'un conseil municipal ne peut pas consentir un abandon de compétence en la matière au profit d'un délégataire. ⁴⁹²

B) Le Conseil d'Exploitation

Avec l'article précité L 2221-14 du C.G.C.T apparaît clairement la structure duale de gouvernement de la régie autonome avec :

- d'une part « l'autorité du maire et du conseil municipal »,
- et d'autre part, l'administration « par un conseil d'exploitation et un directeur ».

Si la direction générale de la régie autonome revient au Maire comme sus-évoqué, lequel s'appuie sur le directeur en qualité de principal collaborateur, reste à préciser les pouvoirs exacts du conseil municipal et du conseil d'exploitation.

A ce sujet, une analogie peut être faite avec les statuts de la société commerciale avec Directoire et Conseil de surveillance.

Pour mémoire, selon ce mode d'organisation , le conseil de surveillance est l'organe collégial des actionnaires qui exerce un contrôle sur la gestion de l'entreprise confiée à un

⁴⁹⁰ « Les taux des redevances dues par les usagers de la régie sont fixés par le conseil d'administration ».

⁴⁹¹ Extrait de la Lettre d'observations du contrôle de légalité en date du 9/12/2002 à la régie personnalisée de transport urbain dénommée « Transports Publics du Choletais » : « La politique tarifaire est définie par l'autorité compétente... ». En effet l'art. 45 de la loi « Montagne » du 9/01/1985 renvoie également à l'art.7 III de la loi « L.O.T.I » .

⁴⁹² CAA Lyon 20/05/1999 – SA Comalait Industries AJDA 1999 p.874

directoire. Ce dernier possède en principe les pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société mais le plus souvent, des attributions particulières sont réservées au conseil de surveillance non seulement en ce qui concerne le pouvoir de nomination des membres du directoire mais aussi à l'égard de l'autorisation des opérations commerciales les plus importantes. Ainsi, existe une imbrication des responsabilités.

Sans toutefois être totalement comparable, cette dissociation organisationnelle se retrouve avec la régie autonome.

En application de l'article R. 2221-72 du C.G.C.T, l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement conserve le **pouvoir décisionnel**, après consultation du conseil d'exploitation, dans les matières suivantes :

1. passation des marchés ;
2. conduite des procès ;
3. et 4 : comptabilité et budgets ;
5. conditions générales d'emploi des personnels ;
6. fixation de la tarification du service.

Le conseil d'exploitation se voit conférer par l'article R. 2221-64 du CGCT les pouvoirs suivants :

- premièrement, un **pouvoir délibératif résiduel** c'est à dire uniquement dans les domaines ne relevant pas d'une autre autorité ;
- deuxièmement, un **pouvoir consultatif obligatoire** sur toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie soit à sa propre initiative ou soit à la demande de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement ;
- troisièmement, un **pouvoir d'investigation et de contrôle** sur le fonctionnement de la régie .

Au regard des compétences respectives de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement et du conseil d'exploitation, l'erreur serait de croire que consultatif signifie facultatif. En effet, de même que les fonctions propres du conseil de surveillance ne déprécient pas l'action du Directoire, les pouvoirs dévolus réglementairement au conseil d'exploitation ne sont pas dévalorisés par l'obligation de ratification par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement.

Cela se comprend d'autant mieux que la régie autonome n'est pas pourvue de personnalité morale du point de vue juridique. De ce fait, le conseil d'exploitation ne peut avoir un pouvoir de représentation et de contractualisation vis à vis des tiers. Celui-ci incombe à la collectivité de rattachement au travers à la fois les pouvoirs relevant de la direction générale et de l'assemblée délibérante .

Si in fine le pouvoir décisionnel revient à l'assemblée délibérante, il n'en demeure pas moins que le plus souvent celle-ci avalisera les décisions préparées par le conseil d'exploitation eu égard à la mission collective d'expertise de celui-ci, à la présence d'élus au sein des deux instances concourant de ce fait à l'homogénéisation des prises de

décisions et à l'action de la direction générale de nature à coordonner ces deux instances.

§3) Evaluation des fonctions dévolues aux conseils d'administration et d'exploitation des régies

A première lecture, le décret du 23 février 2001 procède d'une conception relativement administrative du fonctionnement des conseils d'administration et d'exploitation des régies, se limitant à fixer à titre principal leur organisation et leurs attributions.

Les dispositions du CGCT n'évoquent pas explicitement la mission collective de ces organes délibérants, ni la responsabilité individuelle des administrateurs.

En ce qui concerne la mission collective des organes délibérants, celle-ci n'est pas clairement affichée par le décret du 23 février 2001 en terme d'objectifs mais cette lacune se retrouve également dans les statuts de nombreuses sociétés commerciales ; ce qui explique l'action des associations professionnelles en ce domaine pour améliorer le management des entreprises au travers de la publication d'études tendant à favoriser l'amélioration d'une bonne gouvernance⁴⁹³.

Néanmoins, des pouvoirs attribués réglementairement aux conseils d'administration et d'exploitation, il est possible de déduire le rôle assigné à ces instances.

L'obligation faite à l'organe de direction d'une régie autonome de consulter le conseil d'exploitation sur « *toutes questions intéressant le fonctionnement de la régie* »⁴⁹⁴, doit s'interpréter comme conférant à ce dernier prioritairement la mission de collaborer à la définition de la politique stratégique de la régie.

Pour sa part, le conseil d'administration de la régie personnalisée bénéficie d'une compétence largement définie par l'article R 2221-18 du CGCT qui lui garantit la même attribution.

Cette fonction d'orientation générale de la politique revenant aux instances délibérantes des régies, est comparable au rôle dévolu au conseil d'administration d'une société commerciale⁴⁹⁵ ; et ceci est à mettre en parallèle avec les attributions réglementaires de gestion courante revenant à l'organe de direction de la régie ou de la société commerciale.

Le droit belge relatif aux régies communales autonomes, lesquelles s'apparentent au régime juridique des régies personnalisées de droit français, prévoit que : « *chaque*

⁴⁹³ P. Merle : « Sociétés Commerciales », Dalloz, 9^{ème} édition, p277 : « *Dans la ligne des rapports Viénot I et II, le rapport Bouton a apporté en septembre 2002 sa contribution à une meilleure gouvernance des entreprises cotées. Il tente de préciser le statut des administrateurs indépendants, le rôle des comités nommés par les conseils d'administrations. Il présente également des suggestions pour une meilleure crédibilité des comptes sociaux, dont certaines ont été reprises dans la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003* ».

⁴⁹⁴ Art. 2221-64 du CGCT

⁴⁹⁵ Art L 225-35 C. Com issu de la loi NRE du 15 mai 2001 : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* » .

*année, le conseil d'administration doit établir un plan d'entreprise fixant les objectifs et la stratégie à moyen terme de la régie communale autonome »*⁴⁹⁶.

Cette fonction pourrait être précisée dans les statuts des régies .

Ce rôle primordial de fixer les objectifs de développement de l'entreprise de la régie, n'ôte pas à ces instances le pouvoir de surveillance de l'action menée par le directeur puisque le conseil d'exploitation dispose du pouvoir de procéder : « *à toutes mesures d'investigations et de contrôle* »⁴⁹⁷ ; cette précision d'attribution n'ayant pas besoin d'être énoncée pour le conseil d'administration eu égard à sa compétence largement définie par l'article R 2221-18 du CGCT

Les instances délibérantes devront trouver un juste équilibre entre la liberté d'action reconnue au directeur et leur intervention dans la vie de l'entreprise de la régie d'exploitation des remontées mécaniques tout comme cette question se pose également dans la gestion des sociétés commerciales.⁴⁹⁸

Il reste aux instances délibérantes des régies a faire preuve de culture d'entreprise ce qui ne se décrète pas mais se pratique , d'où la nécessité peut être d'établir un statut d'administrateur des régies locales comme celui de l'élu municipal en prévoyant un droit à la formation.

La richesse de la composition des conseils d'administration et d'exploitation, par la présence d'administrateurs sans lien de subordination avec la collectivité de rattachement, est comparable à l'existence d'administrateurs indépendants existant dans les sociétés commerciales américaines et anglaises ; dont la justesse du principe est reconnue par de nombreuses études mais dont le Législateur n'a pas encore rendu leur présence obligatoire pour les sociétés de droit national.

La participation des « *personnes ...n'appartenant pas au conseil municipal* »⁴⁹⁹ au sein des conseils d'administration et d'exploitation sera d'autant plus forte dans le domaine d'exploitation de remontées mécaniques, qu'il s'agit de personnalités impliquées dans la vie de la station. Elles auront donc tendance à vérifier l'exactitude des données financières communiquées par la direction de la régie avec les autres indicateurs en leur possession sur l'activité économique locale.

⁴⁹⁶ Pascale Blondiau : « Intercommunales et régies communales autonomes », Janvier 2000 sur site de l'Union des Villes et Communes de Wallonie uvcw.be

⁴⁹⁷ Art. R 221-64 du CGCT à comparer à l'art. L225-35 al.1^{er} C. com , le conseil: " *se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concerne* ».

⁴⁹⁸ in rapport « Au delà de la conformité, la gouvernance », extrait du chapitre : « Améliorer l'efficacité du conseil d'administration », brochure novembre 2001, site de l'Institut Canadien des Comptables Agréés : « *La relation du conseil d'administration avec la direction est vitale pour une saine gouvernance. C'est une relation qui exige sans cesse le maintien d'un équilibre délicat. Pour cela, il faut que la direction et le conseil comprennent bien leurs rôles respectifs, que chacun respecte la manière dont l'autre s'acquitte de son rôle, et qu'ils dialoguent et communiquent entre eux d'une façon continue et ouverte. Un solide leadership au sein du conseil est aussi essentiel* ».

⁴⁹⁹ Art R 221-4 du CGCT

L'objectif de la présence des administrateurs indépendants dans les sociétés commerciales est double . Il ne s'agit pas simplement de garantir la transparence des comptes fournis par la direction générale en raison de l'exercice par leurs soins d'un contrôle perspicace, mais aussi d'assurer la prise en compte des intérêts financiers de l'ensemble des actionnaires lorsque la société commerciale comporte un actionnariat dominant⁵⁰⁰ .

De ce point de vue, la participation d'acteurs de la station à la gestion des remontées mécaniques en régie, sera aussi d'avoir une vision globale du développement économique dépassant le strict intérêt commercial de la régie concourant ainsi à lui maintenir sa spécificité d'entreprise publique poursuivant une mission d'intérêt économique général au service du développement d'un territoire.

De surcroît , en matière de gestion de domaine skiable, la participation de personnes qualifiées au sein des conseils d'administration et d'exploitation apporte également leurs pouvoirs d'expertise. C'est ainsi qu'un directeur d'office de tourisme verra au travers des manifestations sportives et de loisirs organisées par la régie pas uniquement la rentabilité immédiate comme le directeur , laquelle peut être aléatoire commercialement, mais surtout la notoriété de la station constituant un investissement sur le long terme pour son développement.

L'autre mission essentielle du conseil d'administration d'une société commerciale est désigner son directeur général⁵⁰¹ ainsi que de fixer de sa rémunération⁵⁰² .

Il ne faut pas concevoir cela en terme de pouvoir plus ou moins étendu, mais de contribution au bon fonctionnement de l'entreprise par l'établissement d'une lien managérial solide entre l'instance stratégique et sa direction opérationnelle.

Or, au regard des seules dispositions réglementaires, l'implication des conseils d'administration et d'exploitation des régies en matière de désignation du directeur est nettement en retrait par rapport aux exigences d'une bonne gouvernance ; mais les statuts particuliers peuvent néanmoins être aménagés dans le sens des usages dans les sociétés commerciales

En effet, c'est l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement qui procède seule à la nomination du directeur de la régie autonome sur proposition de son Exécutif⁵⁰³ , et ce sans consultation du conseil d'exploitation. Ce dernier est cependant sollicité pour donner son avis en cas de remplacement du directeur⁵⁰⁴ ce qui est paradoxal.

En ce qui concerne le directeur d'une régie personnalisée, il est désigné par

⁵⁰⁰ in Rapport Viénot II p 17, MEDEF : « *Le comité confirme que la présence d'administrateurs réellement indépendants en nombre suffisant dans les conseils d'administration et dans les comités du conseil est un élément essentiel de la garantie de la prise en compte de l'intérêt de l'ensemble des actionnaires dans la décisions de la société* ».

⁵⁰¹ Art. L 225-51-1 al. 1^{er} C.com

⁵⁰² Art. L 225-51-1 al. 3 C.com

⁵⁰⁴ Art. R 2221-68 du CGCT.

l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement sur proposition de son Exécutif et nommé ensuite par le Président du conseil d'administration de la régie⁵⁰⁵. Ainsi, le conseil d'administration n'intervient pas non plus.

Cette lecture très fidèle du décret du 23 février 2001 peut aussi être associée aux autres dispositions du C.G.C.T donnant une large compétence à titre consultatif pour le conseil d'exploitation et à titre décisionnel au conseil d'administration, pour les faire intervenir dans le processus de désignation du directeur.

C'est l'option retenue par les rédacteurs de l'ouvrage déjà cité « *Formulaires du Maire* », dans la rédaction de modèles de statuts de régie personnalisée⁵⁰⁶ et de régie autonome⁵⁰⁷.

En ce qui concerne la détermination de la rémunération du directeur, le conseil d'exploitation est consulté avant son arrêt par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement sur proposition de son Exécutif⁵⁰⁸.

Quant au directeur de la régie personnalisée, aucune disposition expresse n'est prévue pour la détermination de sa rémunération et cette absence de prescription réglementaire est interprétée comme relevant de la compétence générale du conseil d'administration.

Par ailleurs, pour certains⁵⁰⁹, en cas de régie autonome, l'existence du conseil d'exploitation ne serait pas justifiée dans la mesure où sa mission consultative pourrait

⁵⁰³ in J.C.C.T Fasc N° 740, rub N° 49 : « *Le directeur de la régie est nommé par l'organe délibérant de la personne publique locale, sur proposition de son organe exécutif* ». Ce mode de désignation résulte de la conjugaison des dispositions des articles R 2221-67 et L 2221-14 du CGCT. A ce sujet, la circulaire ministérielle du 5 mars 2001 semble faire abstraction du renvoi de l'article R 2221-67 aux dispositions de l'article L 2221-14 en simplifiant les conditions de nomination du directeur en ces termes : « *Le directeur ...nommé par le Maire* ».

⁵⁰⁵ Art R 2221-21 du CGCT La rub N°74 du Fasc N° 742 du J.C.C.T indique seulement : « *En application de l'article L 2221-10 du code général des collectivités territoriales, le directeur de la régie est nommé par le conseil municipal (ou l'organe délibérant de la personne publique locale) sur proposition du maire (ou de l'organe de la personne publique locale concernée)* » ; et de ce fait oublie totalement les dispositions de l'article R 2221-21 qui après l'accomplissement de cette phase, prévoient l'intervention du Président du conseil d'administration comme le précise très justement la circulaire du 5 mars 2001.

⁵⁰⁶ «*Le directeur de la régie est nommé par le conseil municipal sur proposition du maire et après avis du conseil d'administration* ». Toutefois cette rédaction omet l'intervention réglementaire du Président du conseil d'administration.. Aussi, il conviendrait d'écrire : « *Le Président du Conseil d'Administration nomme le directeur après désignation par le conseil municipal sur proposition du Maire. Sa décision est précédée de la consultation du conseil d'administration* ».

⁵⁰⁷ «*Le directeur de la régie est désigné par le conseil municipal sur proposition après avis du conseil d'exploitation* ». Le décret du 23 février 2001 ne prévoyant pas l'intervention du président du conseil d'exploitation dans la nomination du directeur, la rédaction proposée est donc acceptable à la condition de substituer le verbe « *nommé* » à celui de « *désigné* ».

⁵⁰⁸ Art. R 2221-73 du CGCT.

⁵⁰⁹ En ce sens, J.C.C.T. Fasc N° 740, rub° 46 et 47.

être assurée par une « simple commission municipale » en application de l'article L 2143-2 du C.G.C.T ; et qu'au demeurant, il existerait un doublon avec l'existence du comité consultatif sur le fonctionnement des services publics locaux créé en application de l'article L 2143-4 du CGCT

Cette critique n'est pas fondée.

D'une part, au delà de la dénomination « *commission municipale* » ou « *conseil d'exploitation* », l'important est que la fonction consultative pour la gestion du service industriel et commercial soit effectivement remplie. Le fait d'instituer un conseil d'exploitation avec des compétences définies réglementairement ne peut que renforcer la participation effective de ses membres à la gestion de la régie qui en matière de remontées mécaniques est d'intérêt général pour l'ensemble de la station.

D'autre part, même en cas de recours à la régie personnalisée ou à la gestion déléguée, l'existence d'un comité consultatif sur le fonctionnement des services publics locaux est obligatoire dans les collectivités de plus de 10 000 habitants⁵¹⁰. En effet, les attributions de cet organisme ne consistent pas à participer à la gestion courante comme le fait un conseil d'exploitation, mais de s'assurer de la transparence de la gestion locale au regard des principes généraux applicables au service public et en particulier de la prise en compte des intérêts des usagers locaux rejoignant la notion de défense des consommateurs. Ainsi la mission attribuée à ce comité consultatif est beaucoup plus réductrice que celle assignée au comité d'exploitation et ne saurait donc être comparable.

Enfin, l'Institut Canadien des Comptables Agréés (ICCA) dans un rapport de Novembre 2001 intitulé : « *Au delà de la conformité, la Gouvernance* » relève que les dispositions récentes prises dans le monde anglophone des affaires pour responsabiliser individuellement les administrateurs a des conséquences négatives en terme de désengagement de leurs participation à la gestion des sociétés⁵¹¹.

Appliquée au rôle des administrateurs des régies, cette réflexion est d'autant plus pertinente qu'il ne s'agit pas d'administrateurs-actionnaires, mais de bénévoles en qualité soit d'élus ou de personnalités qualifiées.

Sauf « *faute personnelle détachable de ses fonctions d'administrateur* »⁵¹², la

⁵¹⁰ depuis la modification du seuil de population issue de loi du 27 février 2002 dite de « démocratie de proximité ».

⁵¹¹ Extrait du chapitre : « l'importance de la transparence » in rapport précité ICCA : « *Songeons, par exemple, à la modification de la réglementation qui a rendu les administrateurs personnellement responsables des obligations des sociétés, en leur donnant qu'un droit limité d'invoquer une défense de diligence raisonnable. Bien que le but recherché ait été d'imposer une responsabilité plus lourde aux administrateur, en pratique cette modification a eu pour effet de dissuader des personnes compétentes et qualifiées de devenir administrateurs, particulièrement au sein de petites sociétés. Dans certains cas, en outre, d'excellents administrateurs se sentent obligés de démissionner lorsque leur société se retrouve en difficulté, au moment même où, par une curieuse ironie, leur présence serait plus nécessaire que jamais. L'information est non seulement préférable pour modifier le comportement, mais elle est aussi plus appropriée* ».

⁵¹² S'inspirant du droit administratif, la chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt du 20 mai 2003 a défini la notion de faute séparable des fonctions du dirigeant social. En ce sens note de B. Dondero in ouvrage précité « *Le droit des sociétés pour 2004* », p143.

sanction d'une mauvaise gestion ne sera pas civile et/ou pénale mais d'abord politique pour les élus de la collectivité de rattachement lors des échéances électorales.

Quant aux personnalités qualifiées, celles-ci sont normalement des représentants des acteurs de la station soit institutionnels (office de tourisme) soit privés (associations de commerçants ou d'hébergeurs). La sanction sera indirectement pour eux d'ordre économique du fait des répercussions négatives au plan local d'une défaillance de la régie d'exploitation des remontées mécaniques.

CHAPITRE 2 : LES CONTROLES ET LA FIN DES REGIES DE REMONTEES MECANIQUES.

SECTION I.- LES CONTROLES DES REGIES

Les contrôles opérés sur les régies sont multiples et répondent à des objectifs différents.

§1) - Les contrôles Institutionnels de Légalité

D'une manière générale, le fonctionnement de l'administration publique a une réputation de lourdeur en partie due aux mécanismes de contrôle de légalité de son action ; et de ce point de vue les régies n'échappent pas à cet « à priori ».

S'agissant d'un SPIC, la question est de savoir si la vie des sociétés commerciales connaît également un contrôle de légalité aussi rigoureux.

Suite aux récents scandales ayant marqué la vie des affaires, la loi du 1^{er} août 2003 relative à la Sécurité Financière entend renforcer et développer le contrôle de légalité exercé sur les entreprises par les commissaires aux comptes.

Cette mission de légalité incombant aux commissaires aux comptes existe depuis longtemps avec l'obligation de certification des comptes⁵¹³, et de signaler au Procureur de la République les faits délictueux significatifs et délibérés en vertu à la fois des dispositions de l'article L225-240-al. 2 du Code du Commerce et de la norme comptable 6 -701. Toute les sociétés anonymes ont l'obligation de recourir aux services d'un commissaire aux comptes également appelé contrôleur légal.

Cependant, les déboires récents de la vie des affaires ont mis en évidence une certaine défaillance des gardiens des normes comptables à exercer un contrôle comptable, financier et juridique de sorte qu'un mouvement mondial de renforcement de surveillance des entreprises a été engagé d'abord aux Etats-Unis avec la loi Sarbanes Oxley du 9 août 2002, puis en Europe et notamment en France, un an plus tard, avec la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003.

C'est dans ce contexte général que doivent être évalués les mécanismes publics de contrôle de légalité des régies.

⁵¹³ M-P Chanlair : « Les sociétés d'Economie Mixte », le courrier des Maires février 2001 p36 : « La mission dont est investi le commissaire aux comptes consiste à vérifier la régularité et la sincérité des comptes annuels en vue de certifier qu'ils donnent une image fidèle du résultat de l'exercice écoulé ainsi que la situation financière et patrimoniale de la société à la fin de cet exercice ».

Les contrôles institutionnels de légalité des collectivités locales se caractérisent, par une multiplicité des mécanismes de contrôle (Préfet, Comptable public et Chambre Régionales des Comptes) mais exercent ainsi surveillance étroite des gestionnaires locaux et de leurs actions.

A) Le Contrôle Administratif de Légalité du Préfet

La loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des Régions a supprimé la tutelle sur les actes des collectivités locales, c'est-à-dire l'approbation préalable par le Préfet avant de devenir exécutoire, au profit du contrôle administratif de légalité.

Désormais, le contrôle s'exerce à posteriori d'où l'obligation de transmission et ne porte que sur la légalité des actes et non sur leur opportunité.

La loi d'application du 22 juillet 1982 codifiée à l'article L 2131-2 du C.G.C.T, donne une énumération précise et limitative des actes soumis à l'obligation de transmission au Préfet⁵¹⁴.

C'est seulement après l'accomplissement de cette formalité substantielle auquel s'ajoute l'obligation de publication et le cas échéant de notification, que les actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics deviennent exécutoires et opposables aux tiers.

En vertu des dispositions de l'article L1524-1 alinéas 1 et 2 du CGCT, les SEM locales sont pour partie soumises aux mêmes obligations de transmissions⁵¹⁵.

C'est seulement suite au décret N° 88-621 du 6 mai 1988 (J.O . 8 mai 1988) que les régies locales sont soumises au droit commun du contrôle de légalité notamment pour les délibérations des conseils d'administration et d'exploitation.

Le contrôle administratif de légalité poursuit un objectif d'harmonisation du comportement des collectivités locales au regard de la légalité républicaine. Il s'agit de l'affirmation de la prééminence de l'Etat, garant de l'intérêt général⁵¹⁶. Après une brève période d'hésitation jurisprudentielle⁵¹⁷, la Haute Assemblée a réaffirmé le principe que seule une faute lourde de l'Etat pouvait engager sa responsabilité en cas de défaillance

⁵¹⁴ néanmoins, la jurisprudence a reconnu au Préfet le droit de demander l'annulation des contrats non soumis à l'obligation de transmission au titre du contrôle de légalité (CE 4/11/1994 , Département de la Sarthe, AJDA 1994 p. 898.

⁵¹⁵ « Les délibérations du Conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales des sociétés d'économie mixte locales sont communiquées dans les quinze jours suivant leur adoption au représentant de l'Etat dans le département où se trouve le siège social de la société. Il en est de même des contrats visés à l'article L 1523-2, ainsi que des comptes annuels et des rapports du commissaire aux comptes ».

⁵¹⁶ En ce sens L. Touvet, J. Ferstenbert, C. Cornet : « Les grands arrêts du droit de la décentralisation », Dalloz, 2^{ème} édition, p38-39.

⁵¹⁷ Notamment l'arrêt de la CAA de Marseille, 21 janvier 1999, Cne de St-Florent, estimant qu'une faute simple suffisait pour engager la responsabilité de l'Etat.

du contrôle de légalité⁵¹⁸ .

A l'égard de l'acte irrégulier, le Préfet ne dispose pas du pouvoir de réformation mais de le déférer au tribunal administratif en assortissant son recours du pouvoir de suspension de l'acte ou d'une demande de sursis à exécution, suivant le cas.

C'est précisément sur les conditions dans lesquelles les actes des collectivités locales deviennent exécutoires (et donc également de leurs régies autonomes et personnalisées) , que réside la différence de fonctionnement la plus marquante par rapport à la vie des sociétés commerciales.

Sans méconnaître le bien fondé de ce contrôle administratif de légalité, il y a lieu de relever que les actes des entreprises privées chargées de la gestion d'un service public échappent au contrôle du représentant de l'Etat, ce qui constitue une différence de situation difficilement justifiable au regard de l'intérêt général du fonctionnement des services publics locaux⁵¹⁹ .

En raison de l'ampleur matérielle de cette mission de contrôle de légalité des actes administratifs des collectivités locales, il est périodiquement évoqué de soustraire de son champ d'application les actes pouvant faire l'objet d'un recours direct par les tiers lésés tels que les permis de construire par exemple⁵²⁰ .

En attendant une réforme simplificatrice , l'allègement du contrôle de légalité pour les actes de gestion des Collectivités locales et de leurs SPIC, est venue des dispositions du nouveau code des marchés publics du 7 janvier 2004 dispensant de transmission les marchés inférieurs au montant de 230 000 € HT.

Toutefois, pour faciliter l'action économique des régies personnalisées et des SEM locales, il conviendrait de rapprocher leur situation de celle des entreprises privées gérant un service public local, non pas en supprimant tout contrôle administratif de légalité mais en restreignant celui-ci aux seules délibérations.

Ainsi, seraient dispensés de transmission les actes d'application des délibérations en particulier les contrats déchargeant d'autant le fonctionnement administratif de ces structures.

Cependant, cette mesure ne pourrait pas être étendue aux régies autonomes ne disposant pas de la personnalité morale car comment concevoir que différentes structures

⁵¹⁸ Par un arrêt C.E 6 Octobre 2000, req. N° 205959, Ministre de l'Intérieur c/ Cne de St Florent.

⁵¹⁹ J.C.C.T. Fasc. N°910 : « Contrôle administratif de légalité », rub. n°77. «*Faute d'être mentionnées expressément par les textes de 1982-1983 modifiés, les personnes morales de droit privé associées à la gestion des services publics locaux sont exclues du contrôle administratif de légalité cette exclusion est d'autant plus remarquable que ces personnes morales sont parfois amenées à prendre, dans l'exécution de la mission de service public qui leur est dévolue, des actes unilatéraux qualifiés d'administratifs par la jurisprudence. Or, si l'on excepte les contrats que ces personnes morales concluent pour le compte de la personne publique et qui entrent dans le champ d'application du contrôle administratif de légalité en application de la théorie de la représentation, les actes-unilatéraux ou contractuels – de gestion du service public pris par les personnes associées à la gestion d'un service public local ne sont attaquables, devant le juge administratif, que par les voies de droit habituelles* ».

⁵²⁰ en ce sens F. Rolin : « La réforme du contrôle de légalité : un projet qui manque d'ambition » AJDA 2003, p 2169.

internes à un même organisme de droit public relèvent de règles différentes de contrôle.

B) Le contrôle Budgétaire du Préfet assisté de la Chambre Régionale des Comptes

Le contrôle budgétaire et financier des collectivités locales et de leurs établissements, se différencie du contrôle administratif de légalité de leurs actes principalement par le pouvoir du représentant de l'Etat de réformer les décisions budgétaires locales et de se substituer à cet effet aux autorités locales. Il constitue en réalité une résurgence du pouvoir de tutelle.

Ce pouvoir exorbitant se justifie pleinement dans une optique de bonne gestion des finances publiques mais aussi au regard des critères de performance économique pour la gestion des SPIC. Il vaut mieux remédier en amont en cas d'alerte sur une situation financière déséquilibrée que de la résoudre à posteriori.

La tutelle budgétaire et financière du Préfet s'exerce à la fois au début de l'exercice financier lors de la transmission du budget primitif de l'année à venir, mais également au cours de l'année budgétaire lors de la transmission des décisions modificatives dont le cas échéant à l'occasion du budget supplémentaire, et en fin d'exercice lors de l'adoption du compte administratif de l'ordonnateur et du compte de gestion du receveur. Pour une régie, il s'agira du compte financier regroupant les deux comptes.

Le contrôle du représentant de l'Etat porte sur différents aspects.

Premièrement, sur le respect du déroulement de la procédure d'adoption des actes budgétaires et en particulier des délais imposés aux assemblées délibérantes pour adopter les différents documents budgétaires.

Ensuite, le contrôle budgétaire et financier s'exerce sur le contenu des documents budgétaires, en vérifiant le respect des grands principes budgétaires tels que : l'annualité, l'équilibre et la sincérité du budget, la bonne affectation des dépenses et des recettes entre les sections de fonctionnement et d'investissement, l'inscription des dépenses obligatoires, les annexes budgétaires, etc...

Le représentant de l'Etat engage son pouvoir de tutelle budgétaire dans trois grandes catégories de situations suivantes :

- absence, retard ou rejet d'un budget⁵²¹ ;
- absence d'équilibre réel du budget⁵²² ;

⁵²¹ L'article L 1612-12 du CGCT, se rapporte au refus de la Chambre Régionale des Comptes de transmettre le budget primitif. Les articles 1612-12, al.3 et L 1612-13 du CGCT, concernent respectivement le rejet et l'absence de transmission du compte administratif.

⁵²² L'article L 1612-5 du CGCT instaure des seuils à partir desquels la tutelle budgétaire est engagée : soit à partir d'un déficit égal ou supérieur à 5% des recettes de la section de fonctionnement portée à 10% pour les collectivités inférieures à la strate de 20 000 habitants. Le pouvoir de tutelle du Préfet consiste d'abord à saisir la Chambre Régionale des Comptes des anomalies budgétaires et financières constatées par ses soins lorsque la collectivité locale n'obtempère pas à ses observations préalables. Cette procédure d'observations exerce une fonction de régulation limitant le nombre de saisines effectives des Chambres Régionales des Comptes lesquelles s'élèvent à environ un millier par an.

⁵²³ Article L1612-5 du CGCT. L'engagement de la tutelle budgétaire de l'Etat est de nature administrative et ne peut être exercé que par le représentant de l'Etat. Le pouvoir de tutelle budgétaire de sorte qu'elle ne peut pas modifier même un budget annexe⁵²⁴.

La Chambre régionale des comptes va émettre un avis circonstancié portant à la fois sur le constat des anomalies mais aussi sur la formulation d'une proposition de réformation des actes budgétaires si nécessaire. A cette occasion, la juridiction financière va déployer son expertise financière.

A réception de cet avis, le Préfet va mettre en demeure la collectivité locale de prendre les dispositions budgétaires et financières adéquates pour résoudre ces difficultés.

En cas de carence de cette dernière sous un délai d'un mois, le Préfet est autorisé à se substituer à la collectivité pour prendre les mesures nécessaires en suivant l'avis de la Chambre Régionale des Comptes⁵²⁵ ou en s'écartant éventuellement de cet avis mais à condition de motiver cet écart⁵²⁶.

Cette tutelle budgétaire et financière du Préfet est à distinguer de l'exercice du contrôle administratif de légalité qu'il exerce par ailleurs à l'égard des décisions prises par les collectivités locales en matière de délibérations fiscales ou tarifaires, d'attribution de subvention, d'actes d'exécution budgétaire ...voire même la faculté de déférer au Tribunal Administratif le budget⁵²⁷.

La tutelle budgétaire et financière s'applique pleinement aux régies des collectivités locales depuis le décret susvisé du 6 mai 1988, et en particulier à celles exploitant des remontées mécaniques.

L'élan initial de la décentralisation à partir de 1982 s'est manifesté dans une première phase par un relâchement du contrôle financier sur les collectivités locales par le pouvoir central, de sorte que certaines villes se sont trouvées en cessation de paiement telles qu'Angoulême ou Briançon.

C'est pourquoi, avec la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la république (dite A.T.R.), le Législateur est intervenu pour rendre obligatoire la parution d'indicateurs financiers annexés aux budgets locaux. A partir de ces données, la Direction la comptabilité publique a mis en place un système de surveillance des collectivités pour détecter sans délai les situations financières inspirant des inquiétudes.

C) Les contrôles d'exécution de la comptabilité à l'égard de l'ordonnateur et du comptable

Le premier niveau de contrôle d'exécution de la comptabilité s'effectue à l'égard de

⁵²⁴ CE 25 février 1998, req. N° 168726, Préfet de Haute-Corse

⁵²⁵ CE 10 février 1988, Cne de Brives-Charensac c/Arnaud

⁵²⁶ CE 26 juin 1987, Organisme de gestion de l'école catholique la Providence à St Brieuc, AJDA p.47

⁵²⁷ En matière de contrôle du vote du budget en équilibre réel, l'engagement de la procédure de saisine de la Chambre Régionale des comptes via l'intervention du Préfet constitue en principe un préalable au recours contentieux. En ce sens ouvrage précité « Les grands arrêts du droit de la décentralisation » p.295. Il en est de même en cas d'insuffisance de crédit pour une dépense obligatoire (CE 13 MARS 1989, Cne de Gardonne, Rec 90).

l'ordonnateur en vérifiant la régularité des dépenses mandatées et des recettes ordonnées.

Ce contrôle est effectué par le comptable du trésor public ou par l'agent comptable spécial lorsque la régie a opté pour ce mode d'organisation.

Comme l'indique l'article L 1617-2 du C.G.C.T⁵²⁸, le comptable doit procéder à une vérification de la régularité des dépenses avant paiement sans pour autant exercer un contrôle d'opportunité.

Outre son contrôle sur la régularité de la production des justifications, sa vérification porte également sur l'exactitude matérielle des calculs de liquidation de la dépense.

En ce qui concerne les recettes, le comptable doit vérifier la régularité des ordres de recettes ainsi qu'éventuellement des réductions ou annulations consenties par l'ordonnateur.

Dans l'exécution de cette mission de surveillance de l'ordonnateur, le comptable peut se faire assister, voire même substituer par les contrôles des corps d'Inspection de l'Etat c'est-à-dire de l'Inspection générale des finances, de l'Inspection générale de l'administration, et des comptables supérieurs du Trésor⁵²⁹.

Les régies sont soumises aux vérifications des corps d'Inspection habilités à cette effet⁵³⁰.

Ce contrôle de légalité opéré par le comptable public à l'égard de l'ordonnateur, s'apparente à un contrôle interne⁵³¹ d'autant plus lorsque la régie recourt à un comptable spécial.

Le deuxième niveau de contrôle d'exécution de la comptabilité s'effectue à l'égard du comptable public en ce qui concerne les conditions de tenu de ses comptes, et poursuit également un objectif de fiabilité de la comptabilité publique⁵³².

⁵²⁸ « Le comptable d'une commune, d'un département ou d'une région ne peut subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire. Il est tenu de motiver la suspension de paiement ».

⁵²⁹ J.C.C.T Fasc. N°139 : « Budget des Collectivités territoriales » Rub °85.

⁵³⁰ Art. L 2221-6 du CGCT.

⁵³¹ D. Lamarque et G. Miller : « L'évaluation par les chambres régionales des comptes du contrôle interne dans les procédures d'achat des collectivités locales » in AJDA 2000, p. 1018 : « Dans le système français de comptabilité publique, cette fonction (= contrôle interne) est en partie assurée par le comptable public, chargé d'exercer **antérieurement** aux opérations de recettes et de dépenses les contrôles définis par le règlement général de comptabilité ».

⁵³² D. Lamarque et G. Miller : « Les chambres régionales des comptes et la fiabilité des comptes locaux » in AJDA 2003, p. 1708 : « D'un certain point de vue, toutes les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité pécuniaire des comptables contribuent à la fiabilité des comptes publics, notamment par l'attention qu'elles leurs demandent de porter sur les pièces justificatives des dépenses que l'ordonnateur mandate ».

Cet aspect du contrôle d'exécution de la comptabilité est d'autant plus important pour les régies recourant à un comptable spécial au lieu du comptable du Trésor.

Ce contrôle de la responsabilité pécuniaire et personnelle du comptable donne lieu à un jugement de la Chambre Régionale des Comptes, sauf pour les collectivités inférieures à 3500 habitants et dont les recettes annuelles n'excèdent pas 750 000 Euros. En ce cas, un apurement administratif des comptables locaux est prononcé par les comptables supérieurs du Trésor c'est-à-dire la Trésorerie Générale existant dans chaque département.

Les anomalies relevées lors des inspections de l'exécution des budgets des régies sont de nature à engager la responsabilité de leurs auteurs devant les juridictions suivantes :

- la Cour de discipline budgétaire et financière à l'égard des ordonnateurs et de leurs agents ;
- la juridiction financière pour la mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire et personnelle du comptable public ainsi qu'en cas de gestion de fait par l'ordonnateur et ses services c'est-à-dire si maniement irrégulier de fonds publics .

L'engagement de ces procédures ne fait pas obstacle également à une éventuelle poursuite pénale notamment en cas d'agissements fautifs constituant des délits financiers (concussion, corruption passive et trafic d'affluence, délit de favoritisme, soustraction et détournement de biens, prise illégale d'intérêts...).

En théorie du moins, la personne morale de la régie exploitant des remontées mécaniques peut également voir sa responsabilité pénale engagée à l'occasion de malversation financière du fait qu'il s'agit d'un service industriel et commercial.

D) le Contrôle de Gestion opéré par la Chambre Régionale des Comptes

Périodiquement, les Chambres Régionales des comptes examinent à posteriori la comptabilité des collectivités locales en opérant un contrôle de gestion des comptes de l'ordonnateur.

Ainsi, chaque Chambre Régionale des Comptes est investie d'une triple mission :

- concourir au pouvoir de tutelle du Préfet en matière budgétaire et financier en l'assistant par son pouvoir d'expertise ;
- juger les comptes de comptables publics locaux sauf procédure d'apurement administratif pour les comptes des comptables des petites collectivités ;
- et enfin exercer un contrôle de gestion à *posteriori* selon un triple niveau d'analyse :

« la vérification des comptes, le contrôle de la régularité juridique des décisions de gestion et surtout de contrôle de la qualité de la gestion »⁵³³ .

A cet égard, les élus se sont parfois plaints du glissement opéré par certaines Chambres

⁵³³ H-M Crusis in J.C.C.T Fasc. N°139 : « Budget des collectivités territoriales », Rub. N°100

Régionales des Comptes entre l'analyse d'une bonne gestion locale et l'opportunité des choix des élus locaux. C'est pourquoi, la loi N°2001-1248 du 21 décembre 2001 (J.O. du 26/12/2001) , relative aux chambres régionales des comptes et à la cour des comptes, a précisé en son article 36 la portée de la notion d'examen de gestion ⁵³⁴ .

Plus fondamentalement, il apparaît que la critique principale réside dans le décalage entre la procédure d'examen de la gestion et l'exécution des comptes par l'ordonnateur de sorte que le contrôle de gestion se déroule alors que d'une part les opérations sont achevées et d'autre part, les personnes concernées ne sont plus parfois investies de leur mandat politique.

Malgré ce décalage du contrôle par rapport à la réalisation des projets, celui-ci n'est pas sans effets positifs sur la gestion locale en permettant les redressements nécessaires pour l'avenir, comme le relève la Cour des comptes ⁵³⁵ .

En ce qui concerne la situation particulière des anciens élus, ceux-ci ne disposent plus du pouvoir nécessaire sur leur administration antérieure pour intervenir efficacement dans la procédure de vérification opérée par la Chambre Régionale des Comptes. Parfois les nouvelles municipalités ont même tout intérêt politiquement à faire obstacle à la défense de la gestion précédente, par une certaine inertie à communiquer les pièces justificatives figurant aux archives pouvant étayer le bien fondé de l'action de la municipale précédente. Mais à l'inverse, il semble matériellement difficile de faire coïncider exactement l'examen de la gestion et fin du mandat politique.

Si le rapport d'observations définitives rendu par la Chambre Régionale des Comptes intervient à la suite d'une procédure contradictoire, il ne revêt pas pour autant un caractère faisant grief de sorte qu'il n'est pas susceptible de recours.

Les observations des Chambres Régionales des Comptes sont communiquées à l'assemblée délibérante de la collectivité contrôlée, puis publiées sur le site internet de la Cour des Comptes, et sont analysées parfois par la Cour des Comptes à l'occasion de son rapport annuel où lors de rapports spécifiques.

La publicité des rapports de gestion des chambres régionales des comptes assure leur efficacité, dans la mesure où elle incite les collectivités locales et leurs établissements à prendre en compte les recommandations des chambres ⁵³⁶ .

⁵³⁴ « L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ». (codifié à l'art. L 211-8 du C.J.F.)

⁵³⁵ Rapport Public de la Cour des Comptes 2002 in Gazette des C-D-R , supplément 2004, p215 : « L'appréciation des effets des observations des CRC dans le domaine de l'évaluation des résultats et des moyens mis en œuvre par les gestionnaires locaux par rapport aux objectifs fixés par les assemblées délibérantes pose d'importants problèmes, dans la mesure où nombre de ces observations portent sur des opérations achevées et uniques en leur genre, pour lesquelles les erreurs signalées ne peuvent plus être réparées , la collectivité n'ayant pas une opportunité, à brève échéance , d'appliquer les préconisations de la chambre. Néanmoins, il existe des cas où les juridictions financières ont mis en lumière, au de-delà de dysfonctionnements ponctuels, des défaillances dans les procédures de gestion, avec des conséquences en termes d'efficacité ou de moyens, susceptibles d'être corrigées par les gestionnaires locaux dans le cadre d'autres opérations ».

En ce qui concerne la gestion des stations de sports d'hiver, une soixantaines de lettres d'observations sont accessibles sur le site internet de la Cour de Cassation dont la moitié se rapporte au mode d'exploitation en régie.

Ces rapports des Chambres Régionales des Comptes peuvent constituer une source d'aide à la gestion locale.

En matière de gestion des domaines skiables, une partie des observations a trait à l'étude des conventions relatives aux délégations de service public et aux marchés publics. Outre l'examen du formalisme de la passation de ces contrats, les remarques portent également sur leur contenu de sorte les collectivités concernées sont informées des clauses contractuelles les plus critiquables pour les modifier, si ce n'est pas possible juridiquement pour les contrats en cours du moins pour ceux à venir .

Pour ce qui concerne les observations formulées à l'égard des régies d'exploitation des remontées mécaniques, celles-ci se rapportent tout à la fois à la gestion comptable et financière ainsi qu'à la gestion des ressources humaines selon une optique d'évaluation des résultats atteints et de l'économie des moyens mis en œuvre.

D'une manière générale, les contrôles des chambres procèdent selon la méthode dite des « 3E »⁵³⁷ en vigueur chez les sociétés d'audit⁵³⁸ .

Toutefois, une grande différence doit être faite avec les sociétés privées d'audit dans la mesure où ces dernières sont rémunérées par les clients faisant l'objet de leurs contrôles ; ce qui a été un des facteurs de la dissimulation de la réalité des comptes de la société Enron⁵³⁹ de sorte que la législation financière de plusieurs pays industrialisés a été modifiée depuis pour mieux encadrer les activités des sociétés d'audit et celles des

⁵³⁶ Rapport public de la Cour des Comptes 1997, pp 393-399. Site de la Cour des Comptes

⁵³⁷ Rapport public 2002 de la Cour des Comptes, op. cité

⁵³⁸ D. Lamarque et G. Miller : « La loi du 21 décembre 2001 relative aux Chambres Régionales des comptes et à la Cour des comptes et ses textes d'application : missions, compétences, procédures », in AJDA 2002, Chroniques p. 740 : « *La définition ainsi retenue s'inspire bien des « 3 E » (économie, efficacité et efficacité), évoqué par les parlementaires devant la commission mixte paritaire et appliqués tant par la Cour des comptes européennes que par bon nombre d'institutions supérieures d'audit ou de contrôle des comptes publics. Sans en reprendre explicitement les trois termes, et nonobstant l'interrogation que peut soulever le recours à la notion d'objectif fixé par un conseil délibérant, la définition donnée ici de l'examen de la gestion semble s'accorder avec la norme internationale la plus exigeante et permet, à tout le moins, aux chambres de poursuivre leurs travaux dans les directions les plus novatrices* » .

⁵³⁹ C. de Boissieu et J.H Lorenzi : « Normes comptables et régulation de la filière du chiffre », p.57 in ouvrage « Les normes comptables et le monde post-Enron », La Documentation Française 2003, sur le site du Conseil d'Analyse Economique : « *C'est bien dans cette dialectique que s'articule le débat récurrent et pluri-décennal sur la multidisciplinarité des auditeurs. Clairement la multidisciplinarité génère des conflits d'intérêts entre la mission de vérification légale et les rémunératrices missions de conseil....Surtout la dépendance économique de l'auditeur se renforce à proportion des marges confortables des missions de conseil. Au total la capacité de jugement de l'auditoire est atteinte, en particulier quand il faudra rendre des arbitrages délicats. C'est bien la dépendance économique l'élément crucial, exprimée par le différentiel de rentabilité entre les missions de conseil et d'audit, l'impératif commercial des premières l'emportant sur la qualité doctrinale des secondes* » .

commissaires aux comptes⁵⁴⁰ .

Les Chambres Régionales des Comptes sont à ce sujet totalement indépendantes des collectivités vérifiées ; ce qui leur assurent une liberté dans l'appréciation de la gestion locale et concourt à la sincérité des leurs rapports définitifs de gestion. La fiabilité du contrôle des Chambres Régionales des Comptes ne peut être mise en doute au regard de ce point.

§2) Les contrôles Internes

Par opposition aux contrôles institutionnels de légalité qui sont externes à la collectivité locale avec toutefois une nuance en ce qui concerne le contrôle d'exécution du comptable qui participe au contrôle interne d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un comptable spécial intégré à l'organigramme de la régie, les collectivités locales sont rentrées dans l'ère de mise en place de système d'autorégulation (ou contrôle interne) afin de garantir la fiabilité de leur fonctionnement.

Dans leurs analyses de gestion, les Chambres Régionales des Comptes s'attachent également à examiner : « *de plus en plus l'existence et la pertinence du contrôle interne aux collectivités* »⁵⁴¹ .

Si le rapport public 1999 de la Cour des Comptes consacre un chapitre⁵⁴² aux défaillances des procédures de contrôle interne dans le secteur local, il n'en demeure pas moins que les collectivités locales les plus importantes ont mis en place un service d'audit interne afin de renforcer l'ensemble des procédures contribuant à assurer la maîtrise de leur gestion.

La loi ATR du 6 février 1992 en imposant la tenue d'une comptabilité d'engagement par l'ordonnateur a posé le socle permettant un suivi plus rigoureux de la comptabilité publique locale, préliminaire indispensable à la mise en place d'un système d'auto-surveillance.

De plus, cette loi avec son décret d'application du 27 mars 1993 rend obligatoire la publication d'éléments informationnels tendant vers une analyse consolidée des comptes de la collectivité locale avec la production en annexes des comptes de ses satellites.

De ce fait, le contrôle interne ne va plus se limiter à assurer le pilotage de l'organisation principale mais va aussi s'orienter vers ses différentes entités en recourant à la régulation contractuelle. C'est ainsi que de nombreuses régies sont amenées à contractualiser leurs relations avec leurs collectivités « mères » comme déjà évoqué.

Mais le contrôle interne ne se limite pas à l'instauration et la surveillance des

⁵⁴⁰ En droit interne, la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 comporte un titre particulier sur la modernisation du control légal des comptes et la transparence (art. 98 à 116 de la loi).

⁵⁴¹ A. Barilari : « Les contrôles financiers, comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques » , L.G.D.J Edition 2003, p 127.

⁵⁴² N° 17

mécanismes garantissant la sécurité juridique et financière de l'organisme et de ses filiales. Il a aussi : « *pour ambition de permettre aux gestionnaires d'apprécier les conditions dans lesquelles s'exécutent les missions de l'organisme, son fonctionnement, son activité, ses performances* »⁵⁴³.

C'est pourquoi, la loi du 1^{er} août 2003 sur la Sécurité Financière a introduit l'obligation pour le Président du Conseil d'Administration⁵⁴⁴ des sociétés commerciales d'établir un rapport annuel portant à la fois sur les procédures de contrôle et également sur le fonctionnement interne du Conseil d'Administration⁵⁴⁵.

Cette prescription imposée aux sociétés commerciales pourrait être utilement étendue aux régies exploitant un SPIC en introduisant cette clause dans les statuts fondateurs.

Ainsi que cela a été relevé, le Président du Conseil d'Administration ou du Conseil d'exploitation d'une régie est dépourvu de pouvoirs propres importants.

Cette extension d'attribution à insérer dans les statuts ne porterait pas atteinte aux attributions réglementairement dévolues au Directeur de la Régie personnalisée ou à l'Exécutif de la Collectivité de rattachement pour une régie autonome.

Par contre, ce renforcement du rôle du Président du Conseil d'Administration et du Conseil d'exploitation par la production de ce rapport est de nature à accroître la participation effective à la gestion de la régie de l'entité qu'il représente du fait de l'évaluation annuelle de son fonctionnement.

L'incitation à une vie démocratique au sein de ces instances ne peut que contribuer à ce que leurs participants étendent leur implication dans la gestion de la régie en collaborant davantage avec la direction générale d'une part, et d'autre part soient assurés de la fiabilité de la gestion grâce à une supervision exercée sur le contrôle interne.

Par ailleurs, si peu de collectivités locales empruntent directement sur le marché des titres⁵⁴⁶ et en conséquence sont soumises à l'obligation de notation par une agence accréditée par l'A.M.F. (ex-COB), par contre elles subissent dans la pratique une notation par leurs banques lors de la souscription de prêts. Cette évaluation du risque financier par le prêteur s'appuie évidemment sur les données synthétiques figurant aux documents budgétaires, mais repose également sur des audits comptables et financiers propres à ces organismes bancaires.

Dans le cadre d'une pluri-annualité de financement des investissements de la collectivité locale, le prêteur aura tendance à subordonner son engagement à moyen et

⁵⁴³ D. Lamarque et G. Miller, article précité : « L'évaluation par les Chambres Régionales des Comptes du contrôle interne dans les procédures d'achat des collectivités locales » . AJDA 2000, p1018.

⁵⁴⁴ Ou du conseil de surveillance

⁵⁴⁵ Articles L225-37 et L225-68 du Code du Commerce

⁵⁴⁶ 19 en 1998 . sources :« La notation des Collectivités locales : mode d'emploi ». Fiches financières de la lettre du cadre territorial.

long terme à l'état financier de son partenaire, exerçant ainsi un contrôle de gestion à son égard.

Les régies exploitant des SPIC n'échappent pas à cette tutelle bancaire informelle mais qui conditionne leurs capacités effectives à emprunter ; ce qui ne peut que renforcer une auto-régulation de leur fonctionnement par le développement d'un contrôle interne.

§ 3) Le Contrôle des citoyens et des usagers des SPIC locaux :

La loi ATR du 6 février 1992 a rendu obligatoire la publication d'indicateurs financiers lors de l'adoption du budget primitif et du compte administratif. Cette communication financière, outre son utilisation par la tutelle financière du Préfet comme système d'alerte sur les finances locales, est destinée également à l'information des habitants.⁵⁴⁷

La communication des documents budgétaires locaux est de droit⁵⁴⁸ ; et cette règle est étendue aux établissements publics administratifs excluant de ce fait les régies personnalisées gérant un SPIC.

Outre l'obligation de publication des actes administratifs et en particulier des budgets, le devoir de communication en matière financière est renforcé dans les collectivités de plus de 3500 habitants par les obligations suivantes :

- publication dans le bulletin local d'information des données synthétiques du budget⁵⁴⁹
- ..
- déroulement d'un débat d'orientation budgétaire au sein de l'assemblée délibérante au moins 2 mois avant le vote du budget primitif⁵⁵⁰.

Toutefois, ces dispositions ne sont généralisées qu'aux seuls établissements publics gérant des SPA⁵⁵¹.

Ce droit à l'information du citoyen se superpose ainsi avec les dispositions de droit commun d'accès aux documents administratifs reconnu aux citoyens par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 modifiée par la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 .

Sur le fondement de la loi de 1978, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a admis les régies locales dans son champ de compétence et a

⁵⁴⁷ Art. L 2141-1 du CGCT : « Le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale. Il s'exerce dans les conditions prévues par le présent titre, sans préjudice des dispositions en vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs ».

⁵⁴⁸ art. L2121-26 du CGCT : « Toute personne physique ou morale a le droit de demander communication sur place et de prendre copie totale ou partielle des procès verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux...Les dispositions du présent article s'appliquent aux établissements publics administratifs des communes ».

⁵⁴⁹ art. L2313-1 du CGCT

⁵⁵⁰ art. L2312-1 du CGCT

⁵⁵¹ art L2313-2 et L2312-1 du CGCT

- « la copie de la convention conclue entre une commune et la régie municipale des remontées mécaniques, revêtue du timbre de la sous-préfecture attestant de sa transmission au représentant de l'Etat (CADA, 17 Octobre 1996, Granier/Delas) ;
- la copie des comptes rendus du conseil d'administration de la régie d'électricité (CADA, 26 mai 1994, Bertrand) »⁵⁵².

La liberté d'accès aux documents administratifs connaît toutefois plusieurs restrictions notamment lorsque la communication est susceptible de porter atteinte au secret en matière commerciale et industrielle ; ce qui est le cas pour la CADA en ce qui concerne : « *le registre des recettes de la taxe de séjours de la commune (CADA, 18 mars 1993, maire de Barèges)* »⁵⁵³.

La loi du 12 avril 2000, en son article 1 définit son champ d'application qui ne comprend pas les organismes gérant un service public industriel ou commercial⁵⁵⁴ ; ce qui fait dire à J.M Becet :

« Leurs documents ne pourraient aujourd'hui , être communicables aux tiers que dans la mesure où ils seraient détenus par la collectivité de rattachement, au titre du contrôle, ce qui n'est pas le cas pour les documents de gestion courante, par exemple »⁵⁵⁵.

Celui-ci précise toutefois que la nature de document administratif n'est pas exclusivement liée à la qualité d'autorité administrative au sens de la loi du 12 avril 2000, de sorte que de nombreux documents administratifs peuvent émaner aussi d'organismes de droit public ou privé chargé de la gestion d'un service public industriel ou commercial rendant en ce cas leur communication obligatoire⁵⁵⁶.

Pour J.F Lachaume, lorsqu'on ne peut pas faire référence au critère d'autorité administrative de son auteur, l'acte unilatéral émanant d'un gestionnaire d'un service public industriel et commercial est qualifié : « *d'acte administratif s'il répond à deux conditions : être édicté à propos de la gestion du service public et, ensuite révéler la mise en œuvre de prérogatives de puissances publique (CE 13 janv.1961, Magnier ; T. confl. 15 janv.1968, Cie Air France c/époux Barbier)* »⁵⁵⁷.

Ainsi, les actes des régies personnalisées gérant un SPIC et en particulier des remontées mécaniques, seront communicables au citoyen dans la mesure où ils sont
⁵⁵² détenus par la collectivité « mère » au titre de contrôle ce qui est le cas pour le compte de
Rapport CADA 1999, p.34

⁵⁵³ Rapport CADA 1999, p.26

⁵⁵⁴ « Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales , les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un services public administratif ».

⁵⁵⁵ JCCT Fasc.530 : « *Information des habitants* », rub.N°42.

⁵⁵⁶ JCCT Fasc 530, rub. N° 45.

⁵⁵⁷ Ouvrage op. cité p 286.

fin d'exercice d'une régie personnalisée gérant un SPIC ⁵⁵⁸, ou revêtent la qualité d'acte administratif selon la définition ci-dessus.

Au regard de la législation sur la communication des documents administratifs et budgétaires, une régie personnalisée gérant un SPIC local relève d'un régime équivalent à celui applicable à un organisme de droit privé gérant un service SPIC.

Dans la mesure où une régie autonome gérant un SPIC est dépourvue de personnalité juridique, elle dépend des règles de droit commun applicables à sa collectivité administrative de rattachement. Elle peut simplement opposer le cas échéant la nécessité de préserver le secret en matière industrielle et commerciale à la communication de certains documents.

Sous les réserves sus-énoncées, en possession des informations administratives et financières d'une régie exploitant un domaine skiable, le citoyen peut engager une action juridictionnelle contre les décisions prises par cette dernière.

L'information des habitants se prolonge également dans les collectivités de plus de 10 000 Habitants, par l'institution d'un comité consultatif sur le fonctionnement des services publics locaux comme déjà évoqué.

Outre l'examen annuel du rapport établi par les délégataires de service public ⁵⁵⁹, le comité examine également le bilan d'activité des services exploités en régie ⁵⁶⁰ ainsi que tout projet de délégation de service public ou de création de régie dotée de l'autonomie financière.

Pour Stéphane Braconnier, le fonctionnement de ces comités constitue une participation consultative des représentants des associations locales d'usagers, faisant pénétrer l'usager comme : « *un acteur à part entière de la régulation des SPIC locaux* » ⁵⁶¹.

A cet égard, l'auteur défend, très justement, l'inadaptation aux SPIC locaux du modèle de régulation sectorielle indépendant privilégié en France pour les SPIC nationaux nouvellement ouverts à la concurrence et la nécessité en conséquence de choisir un modèle souple de régulation pour les SPIC locaux. ⁵⁶²

⁵⁵⁸ art R 2221-52 : « *Le compte, affirmé sincère et véritable, daté et signé par le comptable, est présenté au juge des comptes et transmis pour information à la collectivité de rattachement dans un délai de deux mois à compter de la délibération du conseil d'administration* ».

⁵⁵⁹ art L 1413-1, al.3 du CGCT

⁵⁶⁰ art L 1413-1, al.5 du CGCT

⁵⁶¹ « *Contrôle et régulation des services publics industriels et commerciaux locaux* », contribution à l'ouvrage op. cité : « *SPIC : Questions actuelles* », p.168

⁵⁶² op. cité p166 : « *Ce que l'on entend plutôt privilégier dans le cas des SPIC purement locaux, c'est la transparence de la gestion et, surtout, la qualité des services publics concernés. A cela s'ajoute l'instauration d'un équilibre satisfaisant, en termes de respect de la concurrence, entre les gestionnaires publics et les gestionnaires privés* ».

Pour les régies personnalisées, l'article R 2221-50 du C.G.C.T rend obligatoire la présentation d'un rapport annuel du directeur, annexé au compte de fin d'exercice et présenté au conseil d'administration, établissant un bilan d'activité ainsi que les mesures à prendre notamment pour « *donner plus de satisfaction aux usagers* ».

Quant aux régies autonomes gérant un SPIC, l'article R 2221-92 du C.G.C.T prévoit également l'établissement par l'ordonnateur d'un rapport annuel, annexé au compte financier et présenté à l'assemblée délibérante de rattachement, qui donne : « *tous les éléments d'information sur l'activité de la régie* ».

Sans être aussi explicite que le document de la régie personnalisée, il n'en demeure pas moins que le compte rendu d'activité pour être complet devra traiter de la satisfaction des usagers.

§ 4) Les Contrôles Juridictionnels :

Comme sus-évoqué, l'exploitation des remontées en régie constituant un SPIC (*avec la réserve formulée à propos de la régie directe*), relèvent du droit judiciaire les relations des régies avec les usagers dans tous les cas⁵⁶³ et avec leurs personnels (*sauf le directeur et le comptable*).

La juridiction administrative est compétente :

d'abord à l'égard des mesures d'organisation du service et celles manifestant des 1.
prérogatives de puissance publique. C'est ainsi que le contentieux d'approbation des délibérations tarifaires relève de sa compétence tandis que les litiges individuels d'application de ces mêmes tarifs aux usagers du service incombent à la juridiction judiciaire. C.E, 3 octobre 2003, Req N° 242967, publié au Lebon, Légifrance :

« Considérant que les litiges opposant un service public industriel et commercial à ses usagers relèvent de la compétence du juge judiciaire ; que si , par exception, le juge administratif est compétent pour connaître des conclusions, même lorsqu'elles sont présentées par un usager, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'organisation d'un tel service, comme les tarifs ou les règles de priorité dans l'usage des installations, il n'en va pas de même lorsque le litige tend à la réparation du préjudice né de l'application individuelle à un usager de ces tarifs ou de ces règles... » ;

avec les tiers par rapport au service public lorsque le litige extra-contractuel est du à 2.
un dommage de travail public. T.C. 28 juin 1976, Monory, Rec CE p702. et seulement dans cette hypothèse, sinon le juge judiciaire est compétent en cas de contestation impliquant un tiers ;

⁵⁶³ G.J. Guglielmi : « Contrats avec les usagers » AJDA 2001, p.893 : « Elle est fondée sur le bloc de compétence qui désigne le juge judiciaire pour le contentieux des services publics à caractère industriel et commercial avec leurs usagers...Il s'applique d'une part à l'hypothèse où l'usager est lié au service par contrat, sans considération de l'existence de clauses exorbitantes du droit privé, donc indépendamment de la recherche de la nature éventuellement administrative du contrat....Il s'applique, d'autre part, même dans le cas de dommages de travaux publics : le fait de l'ouvrage est à cet effet assimilé à un fait d'exploitation du service pour entraîner la compétence judiciaire... ».

avec les partenaires contractuelles en relations d'affaires depuis les modifications 3.
apportées au code des marchés publics. A.G Kouévi, op. cité p226 : « D'ailleurs, la loi
MURCEF vient de lever toute équivoque dans ce domaine. En disposant dans son
article 2, al.1er que : « Les marchés passés en application du code des marchés
publics ont le caractère de contrats administratifs », le législateur dessaisit le juge
judiciaire des matières qui relevaient de sa compétence . Il ne demeure compétent
qu'à titre transitoire, « pour des (seuls) litiges qui relevaient de sa compétence et qui
ont été portés devant lui avant la date en vigueur de la présente loi » (al.2) »..

En ce qui concerne le champ de compétence ayant trait aux mesures d'organisation du
service et celles manifestant des prérogatives de puissance publique, le juge administratif
pourra être saisi soit :

- par le Préfet dans le cadre de son contrôle de légalité ;
- par des usagers ou des tiers lésés ;
- par les membres des conseils d'administration ou d'exploitation des régies ainsi que
par les membres de l'assemblée délibérante de la collectivité support de la régie.

Quant à la nature des litiges s'agissant de régies , ceux-ci peuvent se rapporter
notamment :

- à l'approbation des statuts de la régie ;
- aux modalités de nomination ou de licenciement du directeur de la régie ;
- aux conditions de désignation des membres du conseil d'administration ou
d'exploitation ;
- aux compétences respectives du conseil d'exploitation et de l'assemblée délibérante
de la collectivité de rattachement pour les régies autonomes ;
- aux aides publiques attribuées à la régie ainsi qu'à ses décisions budgétaires et
financières;
- à la désignation éventuelle d'un liquidateur chargé des opérations de liquidation de la
régie .

SECTION II. LA FIN DE LA REGIE

L'étude de la fin de la régie englobe non seulement la cessation définitive d'activité , mais
aussi l'hypothèse de sa défaillance.

§ 1.- La Défaillance de la régie

Lors d'une défaillance de fonctionnement d'une Régie Personnalivée⁵⁶⁴ soit parce qu'elle
compromet la sécurité publique ou soit qu'elle n'est pas en mesure d'assurer le service, il
appartient au Directeur de prendre toutes mesures d'urgence en vue de remédier à la

⁵⁶⁴ Art. 2221-7 du CGCT.

situation en cause. Il en rend compte à la prochaine réunion du Conseil d'Administration.

En cas d'inaction, l'exécutif de la collectivité publique de rattachement le met en demeure d'agir. Si l'atteinte à la sécurité publique persiste ou si les mesures prises se révèlent insuffisantes, l'exécutif de la collectivité publique de rattachement propose à son assemblée délibérante l'arrêt provisoire ou définitif des opérations de la Régie ⁵⁶⁵.

Lors d'une défaillance d'une Régie Autonome, l'exécutif de la Collectivité Publique de rattachement prend toutes les mesures d'urgence pour remédier à la situation en cause. Il en rend compte à la prochaine réunion du Conseil d'Exploitation.

En cas d'insuffisance des mesures ou de persistance de l'atteinte à la sécurité publique, il propose à l'assemblée délibérante de la Collectivité publique de rattachement l'arrêt provisoire ou définitif des opérations de la Régie ⁵⁶⁶.

§ 2.- Les modalités de cessation définitive de l'activité :

La Régie personnalisée ou autonome cesse son exploitation en exécution d'une délibération de l'assemblée délibérante de la Collectivité de rattachement ⁵⁶⁷. Celle-ci fixe la date de fin d'activité.

Le cas échéant, l'exécutif de la collectivité de rattachement nomme un liquidateur qui a la qualité d'ordonnateur accrédité auprès du comptable.

L'exploitation des remontées mécaniques ne constituant pas un service public obligatoire, les usagers ne sont pas fondés à se prévaloir d'un droit au maintien de l'activité, ni par ailleurs les personnels à la continuité d'un mode de gestion du service ⁵⁶⁸.

L'actif et le passif de la régie sont repris dans les comptes de la collectivité fondatrice en vertu de l'article R. 2221-17 du C.G.C.T ; ce qui signifie que la propriété des biens de la régie autonome ou personnalisée lui est rétrocédée.

Dans son étude sur « *Les privatisations locales* » ⁵⁶⁹, Denis Broussolle met en évidence que la cessation d'activité d'une régie peut revêtir également la forme d'une cession commerciale de son activité au secteur privé comme solution alternative à la procédure de délégation de service public.

Il précise que le transfert de la propriété d'entreprise du secteur public local vers le secteur privé n'est pas encadré par une législation spécifique comme en matière d'entreprises publiques nationales ; à moins de porter atteinte à domanialité publique et de tomber de ce chef sous la sanction de l'article 34 de la constitution qui interdit l'aliénation du domaine public.

⁵⁶⁵ Art. R. 2221-26 du CGCT.

⁵⁶⁶ Art. R. 2221-71 du CGCT.

⁵⁶⁷ Art. R. 2221-16 du CGCT.

⁵⁶⁸ JCCT – fasc N° 740 :“Régies”, rub. N°107

A partir de l'étude du Conseil d'Etat de 1989 portant sur : « *Les établissements publics : transformation et suppression* », l'auteur envisage deux procédures de cession :

- l'une directe de la régie à l'entreprise privée , puis cessation d'activités de la régie ;
- l'autre de dissolution préalable de la régie et de dévolution de ses biens à sa collectivité-mère, puis cession de l'activité par celle-ci à l'entreprise privée.

Dans la mesure où les équipements de remontées mécaniques constituent des ouvrages publics, la vente directe des biens d'une régie exploitant un domaine skiable n'est pas envisageable . Seule la procédure de délégation de service public est possible du fait qu'elle respecte la domanialité publique des équipements mis à disposition de l'exploitant et non vendus à ce dernier ; et assure la réversibilité du mode d'exploitation.

Une procédure de déclassement des remontées mécaniques, préalable à la cession commerciale, semble difficilement compatible avec les dispositions de la loi montagne du 9 janvier 1985.

En effet, la collectivité publique n'est pas simplement l'autorité organisatrice en application de l'article 42, mais en vertu de l'article 53 les servitudes de passage des pistes de ski et de survol des équipements de remontées mécaniques sont instituées à son profit exclusif⁵⁷⁰ .

C'est pourquoi, en cas d'acquisition des installations de remontées mécaniques, n'étant pas délégataire de la collectivité , l'exploitant privé ne pourrait pas bénéficier de ces servitudes administratives .

Pour exploiter le domaine skiable , il faudrait en sus qu'il soit propriétaire de l'intégralité des pistes de ski ce qui représente un foncier très important. Ce n'est donc pas impossible théoriquement mais représente néanmoins une hypothèse presque' irréalisable concrètement.

⁵⁶⁹ in AJDA 1993, p. 323. A l'appui de son argumentation, il cite le cas réel suivant : « *Dotée d'un statut d'établissement public industriel et commercial , occupant environ 250 personnes, propriétaire de 200 véhicules et totalisant un chiffre d'affaires de 61 millions de francs, la RCTO (Régie des transports de la Côte-d'Or) assumait près de la moitié des services réguliers de voyageurs et surtout d'écoliers du département. Bien qu'il n'y fût pas tenu, celui-ci mettait son établissement en concurrence avec les transporteurs privés pour confier les dessertes par convention aux mieux disants. Le 22 juin 1992, le conseil général décida d'aller plus loin et de « vendre la régie »....Sous réserve de la reprise du personnel (étudiée plus loin), tous les biens , droits et obligations de la RCTO pouvaient être effectivement aliénés. Il ne s'agissait pas de passer de la gestion directe à la gestion déléguée, mais uniquement de transformer un délégataire public en un délégataire privé. Il s'agissait bien de transférer la propriété de l'entreprise au secteur privé, au sens de l'article 34 de la constitution. ».*

⁵⁷⁰ « *Les propriétaires privées ou faisant partie du domaine privé d'une collectivité publique peuvent être grevées **au profit de la commune ou du groupement de communes concerné** d'une servitude destinée à assurer le passage des pistes de ski , le survol des terrains où doivent être implantés des remontées mécaniques, l'implantation des supports de lignes dont l'emprise au sol est inférieure à quatre mètres carrés, le passage des pistes de montée, les accès nécessaires à l'implantation, l'entretien et la protection des pistes et des installations de remontée mécanique ainsi que les accès aux voies d'alpinisme et d'escalade en zone de montagne ».*

TITRE II – LA GESTION D'ENTREPRISE DES REGIES DE REMONTEES MECANQUES

La régie des remontées mécaniques constituant une entreprise publique, l'examen de sa gestion s'articule autour de deux pôles d'activités : l'un comptable et financier (Chapitre 1) et l'autre de gestion des ressources humaines (Chapitre 2).

CHAPITRE I. LA GESTION COMPTABLE ET FINANCIERE DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANQUES

L'étude de la gestion comptable et financière des régies de remontées mécaniques conduit tour à tour à aborder les thèmes relatifs à l'application de la comptabilité publique (Section I), l'autonomie de gestion (Section II) et la fiscalité (Section III).

SECTION I. L'APPLICATION DE LA COMPTABILITE PUBLIQUE.

§1. La Modernisation de la comptabilité publique par son rapprochement de la comptabilité commerciale.

Si la plupart des Etablissements Publics Industriels et Commerciaux de l'Etat relèvent de la comptabilité commerciale applicable aux sociétés privées⁵⁷¹, le législateur a soumis à la comptabilité publique l'ensemble des régies locales à caractère industriel ou commercial, y compris lorsqu'elles sont érigées en EPIC pour être dotées de la personnalité juridique.

Néanmoins, l'opposition classique entre comptabilité commerciale et comptabilité publique doit être nuancée dans la mesure où le plan comptable général de 1982 tend à devenir la référence commune aux deux systèmes comptables.

C'est ainsi que la comptabilité locale a été réformée par arrêté du 19 Août 1988, instituant le plan comptable M4 applicable aux services publics à caractère industriel ou commercial avec une déclinaison en 3 plans comptables spécifiques en fonction des secteurs d'activités.

L'objectif de la Réforme échelonnée de la M4 applicable aux Régies locales est de : « garantir une gestion budgétaire et comptable plus conforme aux pratiques du secteur concurrentiel assurant ainsi une meilleure neutralité quant au choix du mode de gestion

⁵⁷¹ JP Colson, ouvrage précité, p.317 : « L'adoption d'une comptabilité commerciale se vérifie dans toutes les entreprises publiques constituées sous forme de société... Ces règles comptables se retrouvent également dans la plupart des grandes entreprises publiques constituées sous la forme d'E P I C. Il est vrai, cependant, que le décret du 29 Décembre 1962 sur la comptabilité publique en introduit une disparité entre les établissements publics industriels et commerciaux selon qu'ils sont ou non soumis à cette comptabilité et dotés d'un comptable public ».

de ces services tout en restant rigoureuse »⁵⁷² .

Pour les services de transports publics de personnes, englobant les remontées mécaniques, il s'agit de la M43 ayant fait l'objet d'un arrêté du 13 Décembre 1988.

Récemment, l'arrêté du 27 Août 2002 relatif à l'approbation des plans comptables applicables au secteur public local, a modifié l'instruction budgétaire et comptable M4 applicable aux services publics industriels et commerciaux avec ses différentes déclinaisons dont la M 43. Cette instruction est rentrée en vigueur le 1^{er} Janvier 2003.

Cela a consisté à rapprocher la « nomenclature » de la comptabilité publique du plan comptable général de 1982, en créant un tronc-commun comptable aux entreprises et aux Services Publics locaux afin d'améliorer la lisibilité des comptes des gestionnaires publics.

En particulier, la comptabilité publique s'est rapprochée de la comptabilité analytique dans la mesure où le principe de base d'exploitation d'un service public industriel et commercial est le financement par l'utilisateur – client par l'intermédiaire d'une redevance pour service rendu ; d'où la nécessité de connaître le coût exact du service⁵⁷³ .

C'est pourquoi dans un avis du 9 juin 1999, le Conseil de la Concurrence à propos d'une régie départementale des transports a rappelé que l'adoption d'une comptabilité analytique est nécessaire pour évaluer d'éventuelles distorsions de concurrence dans un secteur marchand⁵⁷⁴ .

Cette obligation de transparence comptable est d'ailleurs imposée par la Commission Européenne sous forme de Directive⁵⁷⁵ .

⁵⁷² L'instruction budgétaire du 19 Juillet 1989 , Annexe 14 reprenant la circulaire du Ministère de l'Intérieur du 7 Juin 1989.

⁵⁷³ M. DOHY, « Les apports et les limites de la M14 à la lisibilité des comptes des délégataires », in Gazette des C.D.R. du 8/02/1999 p.44 : « *Le rapprochement en matière de comptabilité d'exploitation est encore plus net pour tous les services publics industriels et commerciaux (SPIC) organisés par l'article L 2211-1 du CGCT. pour lesquels la M4 est d'ailleurs plus généralement appliquée que la M.14, et qui fonctionnent dans des conditions similaires ou proches de celles des entreprises privées. Le principe de base en est, en effet, le financement par l'utilisateur – client (par l'intermédiaire d'une redevance pour service rendu). Ce mécanisme de financement du service public industriel et commercial suppose la connaissance exacte du coût du service . L'existence de budgets annexes spécifiques (assainissements, transport) permet une bonne individualisation des dépenses et des recettes s'y rapportant » .*

⁵⁷⁴ in Rapport Public 1999 p. 911 : « *Il convient que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités de la part des subventions affectées à chacune de celles-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par l'autorité organisatrice du transport de celles qui entrent en concurrence avec des entreprises privées » .*

⁵⁷⁵ Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 Juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, JOCE, 29 Juillet 2000, P75 : « *Les Etats membres doivent disposer : « des données détaillées sur la structure financière et organisationnelle interne des entreprises publiques ou privées auxquels des droits spéciaux ou exclusifs sont accordés, en particulier des comptes séparés et fiables concernant les différentes activités exercées par une même entreprise » .*

§2. Les spécificités de la comptabilité publique

Si la comptabilité publique sous sa forme industrielle et commerciale avec la M4 a intégré les principes de bases de la Comptabilité privée (permanence des méthodes, indépendance des exercices, principes de prudence et de sincérité) ainsi que l'architecture du Plan Comptable général (nomenclature commune, classement par nature, documents de synthèse favorisant une meilleure information), il n'en demeure pas moins qu'elle conserve des spécificités.

Il s'agit des mécanismes budgétaires fondamentaux de l'existence des deux sections de fonctionnement (*ou d'exploitation pour les SPIC*) et d'Investissement, de la séparation de l'ordonnateur et du comptable.

Cette organisation de la comptabilité publique se démarque de la comptabilité privée.

Tandis que la séparation entre « *ordonnateur et comptable* » est présentée par la majorité de la Doctrine comme étant une source de rigidité comptable⁵⁷⁶ et donc, comme un frein au développement économique, il est possible de revisiter cette appréciation au regard des déboires de la comptabilité privée suite à sa mise en cause résultant des scandales financiers récents illustrés notamment par la faillite de l'Entreprise Enron.

L'enseignement de ce scandale a mis en lumière la « *défaillance des gardiens* » des normes comptables et la cause est en partie due par la subordination financière des cabinets comptables et d'audits envers leurs entreprises clientes⁵⁷⁷ ; ce qui n'existe pas dans la comptabilité publique puisque le comptable public du Trésor est financièrement indépendant de l'ordonnateur.

De même, la rigueur des mécanismes de la comptabilité publique constitue un garde-fou contre la manipulation des comptes par comparaison avec les scandales financiers affectant les entreprises commerciales et en particulier évite les sur-évaluations

⁵⁷⁶ J.P.COLSON, ouvrage précité, p. 316 : « *l'adoption d'une comptabilité commerciale se vérifie dans toutes les entreprises publiques constituées sous forme de société. Elles échappent ainsi aux rigidités habituelles de la comptabilité publique, notamment la séparation des ordonnateurs et des comptables* ».

⁵⁷⁷ Jacques Mistral in : « *Les normes comptables et le monde post-Enron* » p. 16., site du Conseil d'Analyse Economique auprès du Premier Ministre : « *Les firmes d'audit sont des entreprises qui mettent à la disposition de leurs utilisateurs une ressource particulière, leur capital réputationnel. Pour un auditeur, valider la pratique qualifiée plus haut de « comptabilité à haut risque », c'est mettre en péril sa réputation. D'où est venu un comportement moins vigilant à cet égard ? On peut trouver deux facteurs allant dans ce sens. - Premièrement, on note un recul de la supervision que l'on retrouvera dans les dispositions de la Loi SARBANES – OXLEY. On a pu établir que la SEC avait régulièrement mis en cause des membres des cinq grands Cabinets d'Audit dans la décennie quatre vingt. Mais que ces actions s'étaient raréfiées pendant la décennie suivante (une seule ayant été alors amenée, déjà contre Arthur Andersen). Cette tendance réduit les risques – et donc les coûts – liés à l'effritement du capital relationnel. D'un autre côté, les firmes d'audit ont considérablement diversifié les affaires menées au service de leurs clients. Et cela change la relation. Dans la situation antérieure, il est coûteux pour l'entreprise de se séparer d'un auditeur que manquerait de flexibilité en matière comptable. Dans le régime des années quatre vingt dix, au contraire, c'est l'auditeur qui résiste plus difficilement à une pression de son client à qui il est aisé de mettre fin à des contrats lucratifs ; l'auditeur se trouve dans la main d'un management dont on a caractérisé les motivations plus haut*».

concernant l'actif.

Dans le cadre de la comptabilité publique : « *le bien s'inscrit à l'actif pour son coût historique, c'est à dire le coût d'acquisition ou de réalisation auquel s'ajoutent les adjonctions qui y ont été apportées* »⁵⁷⁸. Il en va de même pour l'évaluation des stocks. Cette insensibilité de la comptabilité publique aux cours du marché a été critiquée par les analystes financiers⁵⁷⁹.

Mais, il n'en demeure pas moins exact que le retraitement des valeurs de l'actif et des stocks pose plus de problèmes théoriques qu'il en résout⁵⁸⁰ et ouvre en outre la porte à des manipulations comptables⁵⁸¹.

Par sa rigueur, la comptabilité publique concourt à garantir une transparence de l'information financière faisant parfois défaut dans certaines comptabilités commerciales⁵⁸².

D'ailleurs, à propos d'office de tourisme géré sous forme associative et donc relevant de la comptabilité privée, une chambre régionale des comptes a pu préconiser l'adoption d'un EPIC pour le motif suivant :

⁵⁷⁸ M.T. Bidart et J.C. Morand : « *M14 : la Comptabilité des Communes* » - Berger Levrault, 6^{ème} Edition, p.192.

⁵⁷⁹ M. Dohy, article précité : « *L'intérêt d'une juste évaluation du patrimoine, des actifs, paraît encore limité pour des entités devant assurer une mission de service public et qui ne sont soumises ni à la pression ou au contrôle d'actionnaires et aux arbitrages boursiers* ».

⁵⁸⁰ Ouvrage précité « *Les normes comptables et le monde post Enron* » résumé p.141 : « *le rapport examine en profondeur le concept de la fair-value, sans nul doute la pierre angulaire du projet IASB. Aucun économiste ne contestera le caractère à la fois plus utile et plus approprié de mesurer les actifs et les engagements à leur fair-value, plutôt qu'à leur coût historique. C'est vrai, dans un monde idéal, avec des marchés complets et efficaces* ». Dans ce cas, on peut généralement se référer à une évaluation au prix du marché, c'est le *Marked to market*. Mais lorsque cette référence n'existe pas, on se réfère à une évaluation à partir de modélisations, c'est le *marked to model*. On est ainsi passé du concept de la *fair value* à celui de la *full fair value*, critiquable car s'appuyant sur les hypothèses *ad hoc* de modèles. Le principe de la *fair value* est ainsi critiqué car, faisant justement référence à la valeur instantanée du marché, devenue extrêmement volatile, il pourrait exercer des effets pro-cycliques très dommageables sur l'économie ».

⁵⁸¹ J.Mistral, in ouvrage précité, p.10 : « *Evaluer les actifs à leur coût historique, comme on le faisait traditionnellement, constitue une référence apparemment objective mais objectivement trompeuse. Qu'il s'agisse d'un bien matériel ou d'un titre financier, l'idée de « mieux » mesurer la contribution de cet actif à la richesse de l'entreprise s'impose assez naturellement. C'est ce que l'on appelle la « fair value », laquelle sera d'autant plus correctement mesurée qu'il existe un marché profond et pas trop volatile auquel on puisse se référer pour procéder à cette évaluation. Mais ce n'est pas le cas général, la juste évaluation d'actifs peu liquides soulève de redoutables obstacles (cf.infra) et c'est elle qui peut grossièrement induire en erreur. C'est en inventant des transactions fictives avec des filiales cachées et en prenant ces transactions comme étalon de la « juste valeur » qu'Enron est parvenu à gonfler la valeur de certains de ses actifs peu productifs ..* ».

⁵⁸² E. Cohen, in « *Les normes comptables et le monde post- Enron* » précité, p. 107 : « *A la base de la règle du jeu passée, il y avait la croyance en la sincérité des comptes publiés par l'entreprise, audits validés, consacrés par des professionnels intègres. Sur cette base, les investisseurs prenaient leurs décisions* ».

« cette solution offerte aux stations classées, présente une sécurité juridique supérieure en soumettant l'organisme aux règles de la comptabilité publique »⁵⁸³

Il résulte d'une enquête « qualité » réalisée par l'institut TNS- SOFRES à la demande du Ministre des Finances et du Budget au printemps 2003, que les collectivités locales affichent un taux de satisfaction globale de 86 % dans leurs relations avec leurs comptables du Trésor, le principe de la séparation ordonnateur – comptable n'est d'ailleurs pas vécu comme pénalisant : 49 % de très satisfaisant et 42 % de satisfaits⁵⁸⁴.

§ 3. Les assouplissements des contraintes de la comptabilité publique.

En tant que commerçant public, la Régie d'exploitation des Remontées mécaniques effectue des transactions commerciales.

Pour remédier à la séparation de l'ordonnateur et du comptable dans ce qu'elle a de rigide au quotidien, la comptabilité publique autorise la création de régies de recettes et de dépenses.

Il s'agit de déconcentrer l'encaissement des recettes et le règlement des dépenses préalablement à l'émission du titre de recettes ou du mandatement de la dépense. L'agent investi de la fonction de « Régisseur » exerce sous le contrôle du comptable du Trésor.

Par ailleurs, les Régies exploitant des SPIC locaux ont la possibilité de placer leurs fonds de trésorerie en bons du trésor pour en assurer une rémunération.

Pour la gestion des SPIC locaux en Régie personnalisée ou autonome et en application respectivement des articles R. 2221-51 et R. 2221-93 du CGCT, le compte financier se substitue à la fois au compte administratif de l'ordonnateur et au compte de gestion du comptable public⁵⁸⁵.

La séparation « *ordonnateur – comptable* » peut être aménagée dans la mesure où une Régie au lieu de recourir au comptable direct du Trésor, a la possibilité de faire le choix de s'attacher les services d'un agent comptable spécial. Celui-ci est nommé par le Préfet sur proposition du Conseil d'Administration pour une Régie Personnalisée et après avis du Trésorier Payeur Général⁵⁸⁶.

Une Régie autonome peut également recourir à un agent comptable spécial si ses recettes annuelles excèdent 75.000 Euros⁵⁸⁷. En ce cas, celui-ci est nommé par

⁵⁸³ C.R.C. PACA 26 Juin 2000, Commune d'Isola.

⁵⁸⁴ in site MINEFI, bulletin n° 13, 4 Décembre 2003.

⁵⁸⁵ CRC Aquitaine 14 septembre 1998, EPSA-IZESTE : « Or, à l'EPSA, comme dans toutes les Régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, il n'existe pas de compte de l'ordonnateur, distinct du comptable. Le seul compte qui ait une existence légale est le compte financier établi par les comptables, en vertu de l'article R. 323.66 du Code des Communes, ce que confirme l'article 17 du règlement intérieur de l'EPSA » .

⁵⁸⁶ Art. R. 2221-30 du CGCT.

délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement, après avis à la fois du Conseil d'Exploitation et du Trésorier Payeur Général.

L'agent comptable spécialisé est à la fois le « *comptable public* » la Régie mais aussi le « *chef du service de la comptabilité* » de l'ordonnateur, ce qui le place sous la dépendance du Directeur de la Régie pour cette partie de ses fonctions.

Cette modalité d'organisation comptable présente l'avantage de rapprocher du centre de commandement de l'entreprise publique, la gestion comptable et financière afin de faciliter l'utilisation des procédures en usage dans le commerce en ce qui concerne les recouvrements et les paiements⁵⁸⁸.

Cependant, si le recours à un agent comptable spécial facilite les relations quotidiennes de travail en regroupant au sein de la même structure l'ordonnateur et le comptable, elle modifie néanmoins profondément l'application du principe de la séparation entre ordonnateur et comptable.

L'Agent du Trésor relève d'une autre Administration de la Régie, ce qui contribue à asseoir son indépendance dans les faits tandis que l'agent comptable spécial est le plus souvent employé de la Régie par un contrat de travail. Sa qualité de salarié fragilise dans la réalité son indépendance théorique en qualité de comptable public.

Il en va de même lorsque la Régie rémunère un expert – comptable en qualité d'agent comptable spécial.

Le recours à un agent comptable spécial porte en soi les risques de ne pas tenir une comptabilité aussi rigoureuse que si celle-ci avait été dressée par un agent du Trésor⁵⁸⁹. Or, l'agent comptable spécial est soumis sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, à l'ensemble des obligations qui incombent aux comptables publics⁵⁹⁰.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat par un arrêt du 27 Octobre 2000⁵⁹¹ a confirmé la condamnation prononcée par la Cour des Comptes envers l'agent comptable spécial de la Régie des remontées mécaniques de Saint Chaffrey (05), le déclarant débiteur des sommes de 1 296 250 F et 400 833 F.

Dans l'éventualité où une Régie ne recourt pas au service du comptable direct du

⁵⁸⁷ Art . R.2221-76 du CGCT.

⁵⁸⁸ en ce sens, A. Delion in : « Service public et comptabilité publique », AJDA 1997, p69.

⁵⁸⁹ CRC Aquitaine EPSA – Izeste – 14/09/1998 : « *La Chambre a ainsi constaté qu'a été mise en place à l'EPSA une comptabilité non conforme à l'ensemble des principes fondamentaux de la comptabilité générale (universalité, sincérité, prudence) et de la comptabilité publique (séparation de l'ordonnateur et du comptable, spécialité, annualité et équilibre réel). Ces pratiques ont été mises en œuvre sous la responsabilité d'un comptable qui, en sa qualité d'expert comptable ayant en outre, prêté le serment du comptable public devant la Chambre Régionale des Comptes alors qu'il prenait ses fonctions, ne pouvait méconnaître ces principes* » .

⁵⁹⁰ Art. R. 2221-31 et R.2221-76 du CGCT.

⁵⁹¹ J.M. Desvigne, Req N° 196046 publié au Lebon.

Trésor, elle ne peut pas confier la tenue de la comptabilité publique à un prestataire de service (Cabinet Comptable) qui n'ait pas préalablement prêté serment en qualité d'agent public spécial⁵⁹². Incidemment, les Chambres Régionales des Comptes relèvent le coût beaucoup plus onéreux du recours à un comptable spécial au lieu et place du comptable du Trésor⁵⁹³.

§ 4. les Flux financiers entre la Régie et sa collectivité de rattachement.

Lors de la création de la Régie, la collectivité de rattachement lui attribue une « *dotacion initiale* » conformément aux dispositions de l'article R. 2221-1 du CGCT Cette dotation peut être non seulement numéraire et en nature par des immobilisations mais aussi consister en un transfert d'emprunts.

La dotation initiale ne revêt pas la même signification selon qu'elle est attribuée à une Régie Autonome ou Personnalisée.

Dans le premier cas, il s'agit d'une affectation gratuite n'entraînant pas transfert de propriété⁵⁹⁴ et de surcroît, soumise à obligation de remboursement sur une durée ne devant pas excéder 30 ans⁵⁹⁵.

Dans la seconde situation, la dotation initiale n'est plus une simple mise à disposition mais un véritable transfert de propriété⁵⁹⁶.

Cette différence de nature juridique de la dotation entre Régie Autonome et Personnalisée se répercute ensuite en matière d'amortissement des immobilisations. La collectivité de rattachement continue d'amortir les biens affectés à la Régie Autonome tandis que la Régie Personnalisée opère l'amortissement des biens figurant à son actif.

L'instruction budgétaire et comptable du 27 Août 2002 relative à la M4 contient un commentaire spécifique à la M43 traitant en particulier des durées d'amortissements des immobilisations.

⁵⁹² CRC – Rhône Alpes – Commune de Gresse en Vercors – Régie des R.M. 26/06/2000 : « S'agissant d'un organisme public, la tenue de sa comptabilité ne peut être que de la responsabilité d'un comptable public. Pour le reste, il appartient à la collectivité d'apprécier ce bien –fondé de l'intervention d'un prestataire de service » .

⁵⁹³ C.R.C. Aquitaine EPSA - IZESTE 14/09/1998 : « Cette somme, qui paraît, au demeurant, conforme aux usages de la profession d'expert comptable, apparaît très supérieure à l'indemnité que l'établissement public aurait eu à verser si la fonction de comptable spécial avait été confiée à un agent du Trésor ».

⁵⁹⁴ in : « M.14, la comptabilité des communes », ouvrage précité p.66 : « Enfin, l'affectation se rapporte à une situation propre au secteur public dans laquelle une collectivité met à disposition d'un service non doté de la personnalité morale des éléments d'actif lui appartenant. Cette opération qui n'entraîne pas transfert de propriété, confère cependant à l'affectataire des droits et obligations du propriétaire. Elle s'effectue à titre gratuit ».

⁵⁹⁵ Art. R.2221-79 du CGCT.

⁵⁹⁶ in : « M.14, la comptabilité des communes », ouvrage précité p.235 : « La dotation a pour effet de transférer les biens en pleine propriété à la Régie dotée de la personnalité morale ».

Cette différence de traitement dans l'amortissement peut d'ailleurs constituer un critère de son choix pour la collectivité – mère lors de la création de la Régie entre simple autonomie ou personnalité juridique indépendante⁵⁹⁷.

En cas de création d'une régie autonome, et en application de l'article L 2221-11-2ème alinéa du CGCT, les produits et les charges du budget annexe doivent être repris au sein de la comptabilité du budget principal de la collectivité de rattachement dans deux articles en recettes et dépenses ; à défaut de quoi, la délibération approuvant le budget principal encourt l'annulation par la juridiction administrative⁵⁹⁸.

S'il existe un budget annexe pour une régie autonome qui se distingue du budget principal de la collectivité de rattachement, il n'en demeure pas moins qu'en raison de l'absence de personnalité morale, la différence de comptes se fonde en une unité de caisse chez le receveur⁵⁹⁹, à condition toutefois de ne pas recourir à un comptable spécial distinct du comptable du Trésor.

De même, s'il y a transfert des emprunts au budget de la régie autonome, la collectivité de rattachement demeure juridiquement débitrice.⁶⁰⁰

SECTION II. L'AUTONOMIE DE GESTION DE LA REGIE

§1. - Le principe de l'équilibre financier

A) Exposé du principe

Pour reprendre l'expression d' A.S. Mescheriakoff : « *la nécessaire rentabilité de l'entreprise gestionnaire du SIEG* »⁶⁰¹ conduit au principe de l'équilibre financier des SPIC locaux.

C'est pourquoi, JC Colson entrevoit dans la règle de l'autonomie de gestion des entreprises publiques un moyen pour assurer l'équilibre financier des SPIC⁶⁰² sans toutefois avoir valeur constitutionnelle⁶⁰³.

L'instruction M4 du 27 Août 2002 rappelle les règles d'équilibre des SPIC dans son titre I. – Chapitre 3 (Réf :1.2.4) posées d'ailleurs par l'article L. 2224-1 du CGCT⁶⁰⁴ qui dispose que les budgets des SPIC exploités en régie, affermés ou concédés par les

⁵⁹⁷ avis précité, CRC Languedoc – Roussillon, Régie des RM de la Commune des Angles, 23/12/1997.

⁵⁹⁸ C.E. 9 juillet 1997, Cne de Garges-les-Gonesses, Rec. p.297

⁵⁹⁹ G. Guillaume : « Les vicissitudes du principe de l'unité budgétaire » AJDA 1990 p. 499.

⁶⁰⁰ Ouvrage précité : « M 14, la comptabilité des communes » p 236.

⁶⁰¹ in ouvrage précité, p.26

⁶⁰⁴ « *Les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes doivent être équilibrés en recettes et en dépenses* »

communes doivent être équilibrés en recettes et en dépenses.

Cette exigence de l'équilibre financier des SPIC locaux se retrouve dans l'existence d'un budget distinct pour les régies autonomes et personnalisées par rapport à leurs collectivités de rattachement.

J.C. Douence relève que le principe d'équilibre financier « *constitue un principe institutionnel propre aux SPIC locaux* »⁶⁰⁵ sans équivalent pour l'Etat ni pour les services publics administratifs⁶⁰⁶.

B.) Les Assouplissements en Droit interne au principe de l'équilibre financier

La loi N° 88-13 du 5 Janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation a autorisé trois dérogations au principe de l'équilibre financier consignées dans l'article L. 2224- 2, al 2, du C.G.C.T.⁶⁰⁷

Il s'agit soit :

⁶⁰² Ouvrage précité, p. 94 : « *La notion d'autonomie de gestion de l'entreprise publique est sous-jacente à bien des textes, mais sans avoir jamais été nettement définie. Elle apparaît dans le rapport Nora pour qui : « la gestion des entreprises publiques a tout à gagner à ce que celles-ci retrouvent, dans le cadre contraignant d'un marché ou de quasi-marchés orientés par le Plan, une véritable autonomie de décision « Bon nombre de statuts d'entreprises publiques comportent aussi des dispositions se rapportant à leur nécessaire autonomie de gestion. Ainsi, l'exposé des motifs de l'ordonnance du 18 Octobre 1945 relative au Commissariat à l'Energie Atomique indiquait que le CEA : « doit être doté d'une grande liberté d'action, parce que c'est la condition sine-qua non de son efficacité ».*

⁶⁰³ Ouvrage précité, p. 95 : « *Cependant, en l'absence de statut général de l'entreprise publique, le contenu de l'autonomie de gestion n'a jamais été défini. La règle ne saurait d'ailleurs être identique pour les entreprises publiques du secteur concurrentiel et les autres. Elle comporte nécessairement un « dosage » variable entre contrôle public et autonomie selon les entreprises considérées. Les attentes à l'autonomie de gestion, qu'elles résultent d'un excès de tutelle ou soient rendues possibles par son inadaptation ou sa mauvaise application ne rencontrent pas non plus de sanction précise. Il manque ainsi à la règle une consécration d'ensemble explicite que ni le législateur, ni les juges n'ont établie. Dans sa décision des 19 et 20 Juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs rappelé que : « il n'existe pas de principe de l'autonomie de gestion des entreprises publiques ayant valeur constitutionnelle ».*

⁶⁰⁵ in ouvrage précité : « *Les services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* », p. 123 : « *La disposition de la plus importante, la seule étudiée ici, est le principe d'équilibre financier des SPIC. Par sa portée générale, il contribue fortement à individualiser la gestion des SPIC et, par conséquent, à renforcer leur assise institutionnelle. Dès l'origine, il était admis qu'un SPIC devait normalement assurer son financement sur ses ressources propres, les redevances versées par les usagers et plus généralement les produits d'exploitation. Mais rien n'interdisait de prévoir un financement complémentaire par les ressources du budget général sous forme de subventions au concessionnaire ou de virements au budget annexe de la Régie. Le laxisme qui en est résulté a conduit les gouvernements de l'immédiate avant-guerre à prendre des mesures de redressement financier. C'est dans ce contexte qu'a été adopté le décret du 30 Juillet 1937 qui pose le principe de l'équilibre financier des SPIC locaux, quel que soit leur mode de gestion ».*

⁶⁰⁶ Ibid p.124 : « *Le principe est propre aux SPIC locaux. Il n'a pas d'équivalent pour l'Etat. Il ne s'applique pas non plus aux services publics administratifs (CE, 2 Juin 1995, Ville de Nice : Rec. CE. T. 685 ».*

- de contraintes de service public imposées à l'exploitant,
- de financement d'investissements ne pouvant s'équilibrer par les redevances perçues auprès des usagers,
- ou d'une période de sortie de réglementation des prix.

L'alinéa 3 du dit article précise qu'il ne saurait s'agir d'une subvention d'équilibre à posteriori⁶⁰⁸.

L'instruction M4 du 27 Août 2002 précise en outre : « *il est rappelé que d'autres textes prévoient également des dérogations au principe d'équilibre des SPIC (cf. Loi N° 82-1153 du 30 Décembre 1982 relative à l'orientation des transports intérieurs.....* ».

La Chambre Régionale des Comptes de Rhône – Alpes dans un avis du 13 Juin 2001 concernant la Régie d'exploitation des remontées mécaniques de Passy reconnaît expressément la possibilité pour la collectivité de rattachement de subventionner sa régie sur le fondement conjugué de la L.O.T.I. précitée et de la Loi Montagne⁶⁰⁹.

Sur le fondement des dispositions à caractère général de l'article L. 2224-2 du CGCT, la Commune de Val d'Isère subventionne sa Régie du « service des pistes » du fait des contraintes de service public imposées en lui octroyant la mission d'assurer les secours sur le domaine skiable. La juridiction financière ne conteste pas le principe de cette compensation financière mais rappelle que l'octroi d'une telle subvention doit respecter des règles de forme mais aussi de fond⁶¹⁰.

C.) La problématique des aides publiques au regard du Droit Communautaire

⁶⁰⁷ « Toutefois, le conseil municipal peut décider une telle prise en charge lorsque celle-ci est justifiée pour l'une des raisons suivantes : lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ; lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissement qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ; lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs ».

⁶⁰⁸ La prise en charge ne devant en aucun cas : « se traduire par la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement ».

⁶⁰⁹ « Répondant aux observations provisoires, le maire revendique le bénéfice des dispositions dérogatoires de l'article L.2224-2 du CGCT. et produit deux délibérations du Conseil Municipal allouant à ce compte annexe des subventions pour les exercices 1999 et 2000. Certes, même si aucune des trois exceptions prévues à l'article précité ne trouve d'application en l'espèce, il demeure que la Commune aurait pu se prévaloir de la dérogation spéciale résultant de la combinaison des dispositions des articles 7-III de la Loi n° 82-113 du 30 Décembre 1982, relative à l'orientation des transports intérieurs, et 45 de la loi n° 85-630 du 9 janvier 1985, dite Loi Montagne. Il résulte, en effet, de ces dispositions que le financement des services de remontées mécaniques à vocation touristique est assuré par les usagers et le cas échéant, par les collectivités publiques. Toutefois, conformément aux principes généraux de gestion des services publics industriels et commerciaux, la subvention communale ne peut se borner à couvrir le déficit du service et une délibération doit préciser les modalités de financement de dernier par la Commune. Les deux délibérations des 31 Mars 1999 et 29 mars 2000, en allouant des subventions pour des montants respectivement égaux à 2 270 500 F et 906 500 F en équipement, ne précisent ni le mode de calcul, ni les modalités de versement de ces concours financiers ».

Les articles 87 et 89 du Traité C.E. prohibent d'une manière générale les aides publiques dans la mesure où elles affectent les échanges intra-communautaires : « *sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* » (art. 87 § 1).

Ce principe d'incompatibilité générale des aides publiques avec le marché commun, connaît néanmoins certains aménagements notamment dans le cadre de la politique économique communautaire en faveur de secteurs d'activités ou de régions défavorisées de l'Europe.

L'octroi de ces aides publiques est soumis à une procédure préalable de déclaration auprès des instances de la Commission pour permettre un contrôle communautaire.

Une réponse ministérielle récente ⁶¹¹ rappelle à ce sujet que l'octroi d'une aide au fonctionnement attribuée à une régie locale de transport chargée de la gestion d'un service public à caractère industriel et commercial, doit préalablement être notifié à la Communauté Européenne dans les conditions de l'article 88 du Traité.

Echappent à cette obligation de notification, les aides de minimum inférieures à 100 000 Euros sur une période de trois ans . Cette mesure a été étendue très récemment au secteur des Transports le 3 Mars 2004 par la Commission Européenne ⁶¹² ainsi qu'un certain nombre d'aides publiques attribuées par les Etats ayant préalablement effectué une déclaration globale auprès de la Commission.

Un projet de Décret est en cours d'élaboration portant transposition de la directive 80/723/CEE du 26 Juillet 2000 relative à la transparence des relations entre les Etats membres et les Entreprises publiques modifiée par la directive 2000/52 /CE ⁶¹³ .

Par ailleurs, si depuis la Jurisprudence communautaire « *Chronopost* » ⁶¹⁴ confirmée dans l'affaire « *Altmark Trans* » ⁶¹⁵ , il est admis qu'une compensation financière représentant la contrepartie d'obligations de service public imposées par l'autorité organisatrice ne constitue pas une aide publique.

⁶¹⁰ C.R.C. Rhône Alpes, Commune de Val d'Isère, 11/109/2001 : « *L'article L. 2224-2 du Code Général des Collectivités Territoriales prévoit certes des exceptions au principe de l'équilibre des services publics à caractère industriel et commercial dans quelques cas limitativement énumérés. La décision du Conseil Municipal de prendre en charge dans le budget de la commune des dépenses au titre de ces services doit cependant alors faire l'objet d'une délibération motivée. Or, les délibérations décidant de l'octroi de subventions d'équilibre au budget annexe ne sont pas motivées. Ces subventions opèrent, d'autre part, une compensation pure et simple de déficit du service, ce qui est contraire aux dispositions de l'article L. 2224-2 précité* » .

⁶¹¹ J.O. A.N.Q. 28 Avril 2003 – p334.

⁶¹² sources AJDA du 15 Mars 2004, p519

⁶¹³ source AJDA du 16 Juin 2003, p.1134.

⁶¹⁴ arrêt de la CJCE du 3 Juillet 2003 – N° 683/01P, C-93/018, C-94/01 P

⁶¹⁵ Arrêt de la CJCE du 24 juillet 2004- C-280/00, AJDA 2003, p1739 et p.2146.

Il n'en demeure pas moins que se pose la question de la déclaration de cette subvention pour permettre un contrôle communautaire sur sa nature, comme le relève Stéphane Laget⁶¹⁶.

Si son montant ne dépasse pas le déficit engendré par les contraintes de services publics, cette subvention échappe à l'obligation de déclaration. Toutefois pour apprécier la proportionnalité du financement aux contraintes de service public, la Commission a eu tendance à exiger des coûts comparatifs de fonctionnement nécessitant donc le recours à une mise en concurrence préalable remettant en cause implicitement le libre du choix du recours au mode d'exploitation en régie⁶¹⁷.

Consciente de cette problématique, la Commission dans ses dernières propositions prévoit de subordonner l'octroi d'une subvention d'équilibre aux entreprises publiques chargées de la gestion d'un SIEG, à la matérialité de la tenue de comptes séparés, conformément à sa directive 2000/52, entre activités commerciales de droit commun et service public⁶¹⁸; rejoignant ainsi la position plus souple de la Cour qui exige seulement que la compensation soit évaluée « *sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée* » supporterait⁶¹⁹.

Dans sa communication n°2002/C172102⁶²⁰ relative au régime d'aides d'Etats en faveur des installations à câbles, la commission européenne relève que les remontées mécaniques des stations de skis ne fournissent pas une prestation de transport général mais assurent les services d'une installation indispensable à la pratique d'un sport (§ 17).

A moins d'avoir une sphère d'influence commerciale limitée à un bassin d'usagers purement local, en ce cas l'aide étatique ne constituerait pas une aide au regard du droit communautaire, l'activité des remontées mécaniques affecte d'une manière générale les échanges intracommunautaire en raison de la concurrence entre les stations de ski, non seulement au regard de concurrence transfrontalière mais aussi internationale (§ 24).

Néanmoins, les aides étatiques pourraient subsister dans la mesure où elles s'insèreraient avec les dispositions de la politique européenne en faveur des secteurs

⁶¹⁶ in : « *Les pouvoirs du juge national et les aides non notifiées à la commission* », in AJDA du 16 Février 2004, p. 298.

⁶¹⁷ D. Rittleng : « *Financement du service public et aides d'Etat* », AJDA 2004 P.1016 : *Ainsi déjà dans l'affaire TAP, la commission avait conclu à l'existence d'une aide, au motif que le gouvernement portugais n'avait pas suivi de procédure d'appel d'offres pour choisir le transporteur chargé d'assurer les services en question et qu'il n'était donc pas possible d'exclure que le montant réel des ressources d'Etat accordées à la compagnie TAP fût plus élevé que celui ressortant de l'appel d'offres... Subordonner ainsi l'inapplicabilité de l'article 87 § 1 au financement public d'un service public à la condition que son montant ait été déterminé à l'issue d'une procédure contractuelle aboutit toutefois à mettre en cause la liberté de choix du mode d'organisation des services publics dont disposent les Etats membres... ».*

⁶¹⁸ P. Thieffry : « *Contrôle des compensations de services publics : les propositions de la commission européenne* » AJDA 2004 P.1023.

⁶¹⁹ Arrêt précité Altmark Trans.

⁶²⁰ JOCE du 18 juillet 2002.

économiques suivants :

- aides régionales aux investissements,
- aides aux petites et moyennes entreprises,
- aide à la restructuration destinées à rétablir la viabilité économique et financière des entreprises (§ 37).

A cette occasion, la commission conteste le caractère de service d'intérêt économique général des remontées mécaniques, du fait qu'elles « *revêtent un caractère purement commercial et ne répondant pas à des besoins généraux et fondamentaux de la population concernant des services considérés comme un élément essentiel que la vie quotidienne* » (§ 42).

Ce faisant, il apparaît que la notion de S.I.E.G. se démarque de celle de service universel auquel la commission semble se référer, opérant aussi une confusion entre les deux concepts⁶²¹.

D.) L'Encadrement du reversement au Budget Général de l'Excédent du Budget d'un SPIC

L'instruction budgétaire et comptable M4 du 27 Août 2002 précise que si le budget général de la Collectivité de rattachement n'a pas vocation à équilibrer le budget d'un SPIC, il en est de même dans le sens inverse.

Les recettes d'un SPIC doivent correspondre au coût du service rendu selon la jurisprudence du Conseil d'Etat⁶²² et ne pas financer des dépenses étrangères au service.

Cette jurisprudence se comprend parfaitement lorsque le service public a affaire à une clientèle captive en raison de l'existence d'un monopole de fait ou de droit pour la satisfaction d'une prestation relevant du service universel au sens du droit communautaire (Eau, Transport urbain,....).

Par contre, s'agissant des Remontées mécaniques, dont la clientèle n'est pas captive du fait de la multiplicité des exploitants au sein des massifs montagneux, il apparaîtrait normal que la collectivité de rattachement ayant pris des risques économiques au travers de sa régie d'exploitation encaisse légitimement des bénéfices ne serait-ce que pour

⁶²¹ F. Lévêque : « *Concepts économiques et conceptions juridiques de notion de service public* », année 2000 – site internet CERNA : « *La formule de service universel est d'apparition plus récente. Elle apparaît dans les réglementations du secteur des communications (livre vert de 1987 ; Com 93/484 ; Résolution 94/216 du Conseil). Empruntée du droit américain, cette notion regroupe les services de base pour lesquels un droit d'accès pour tous les citoyens est jugé indispensable. Elle correspond à une tarification à un prix abordable de prestation essentielle dont le contenu est révisable périodiquement afin de tenir compte de l'évolution sociale du progrès « technique ».*

⁶²² C.E., 30 Septembre 1996, Société Stéphanoise des Eaux – Ville de Saint Etienne : « *Les tarifs des services publics à caractère industriel et commercial, qui servent de base à la détermination des redevances demandées aux usagers en vue de couvrir les charges du service, doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers* » .

financer d'autres équipements publics d'après – ski (salle des congrès, patinoire, centre aquatique...).

Sachant que dans le cas particulier des remontées mécaniques, l'intervention économique des pouvoirs publics locaux poursuit avant tout un objectif d'aménagement d'un territoire.

Il est toutefois légitime que le souci général de préservation des Finances Publiques limite la légalité de l'intérêt financier dans l'action publique⁶²³.

A titre exceptionnel, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet le reversement ponctuel d'un excédent du budget annexe à la Commune de rattachement⁶²⁴. Toutefois, la Haute Assemblée a encadré ce reversement en précisant que : « *le Conseil Municipal ne saurait, sans entacher sa délibération d'une erreur manifeste d'appréciation, décider le reversement au budget général des excédents du Budget d'un SPIC qui seraient nécessaires au financement des dépenses d'exploitation ou d'investissement qui devraient être réalisés à court terme* ».

§ 2.) La Tarification du Service public des remontées mécaniques

A) Les impératifs économiques dans la fixation de la tarification

Le principe de l'équilibre financier des SPIC impose l'absolue nécessité d'équilibrer les services industriels et commerciaux au moyen de la détermination de la redevance acquittée par les usagers, et cela quelque soit le mode d'exploitation en régie ou en gestion déléguée.

C'est cette règle générale que rappellent les dispositions du CGCT relatives aux régies, notamment les articles R. 2221-38 et R. 2221-78 où il est expressément indiqué les taux des redevances dues par les usagers sont : « *établies de manières à assurer l'équilibre financier de la Régie* ».

La législation sur les SPIC impose donc que la tarification doit correspondre au coût réel du service rendu.

Cet impératif économique est parfois contrarié par le contexte concurrentiel dans lequel se trouve le service industriel et commercial et notamment l'exploitation d'une station⁶²⁵.

⁶²³ D.Broussolle, « La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative et le service public », AJDA 1994, p. 349 : « *Fidèle à la Jurisprudence Beaugé (C.E. 4 Juillet 1924, Leb. p.641) le Juge refuse l'intérêt public financier* » .

⁶²⁴ C.E. 9 Avril 1999, Commune de Bandol, req. N° 170999, publié au Lebon, Légifrance.

⁶²⁵ CRC Rhône Alpes, 26/06/2000 Commune de Gresse en Vercors, Régie des remontées mécaniques : « *Les tarifs des remontées mécaniques fixés pour chaque saison par délibération du Conseil Municipal comportent deux périodes : haute et basse saison pour la journée ou la demi-journée, le week-end, trois, quatre, cinq, six ou sept jours. Ils ne correspondent pas au coût réel du service rendu, mais tiennent essentiellement compte de l'environnement concurrentiel de la station, ce qui constitue un lourd handicap pour le rétablissement de son équilibre financier* ».

La Jurisprudence administrative est venue préciser que la tarification ne peut être supérieure au coût de revient du service⁶²⁶ ; et « *cette position de principe s'applique également aux SPIC* »⁶²⁷ .

C'est pourquoi, pour Victor Chomentowski, la jurisprudence actuelle est « *quelque peu incohérente d'un point de vue économique ou financier* »⁶²⁸ .

En effet, les investissements nécessaires au fonctionnement des SPIC exigent le plus souvent de prévoir un lissage de la tarification sur la période d'amortissement afin de ne pas provoquer des hausses inconsidérées des redevances supportées par les usagers.

La difficulté comptable et budgétaire sera donc d'établir la pertinence de la redevance au regard de la tarification du service sur une période pluri-annuelle plus ou moins longue.

Malgré cette réserve, Robert Herzog relève que de façon générale la tarification des SPIC en régie correspond au coût réel du service appuyé sur un calcul comptable pertinent et détaillé⁶²⁹ .

Par ailleurs, en cas de recours à la gestion déléguée, il est admis que l'exploitant intègre dans son prix de revient : « *une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal* »⁶³⁰ .

Or, pour la majorité de la doctrine⁶³¹ , lorsqu'une collectivité publique opère un investissement au moyen d'une régie, elle n'attend pas une rémunération de son capital investi et encore moins un bénéfice d'exploitation comme une société commerciale . C'est d'ailleurs la position de l'administration fiscale⁶³² .

Cette différence d'approche économique apparaît pour le moins discriminatoire

⁶²⁶ C.E. 2 Avril 1997, Commune de Montgeron, Req. N° 124883 Juris - Data N° 050253.

⁶²⁷ Philippe Blachère : « Le contrôle par le juge administratif de la tarification des services publics », Revue Française de Finances Publiques N° 12 Novembre 2000, Banque et Fiscalité, LGDJ, p. 188.

⁶²⁸ J.C.C.T., Fasc. N° 2210 : « Tarification des services publics locaux » - Rub N° 101.

⁶²⁹ in : « Le prix du service public », AJDA 1997, p 55 : « *L'adéquation coûts – prix est mieux assurée, l'individualisation comptable existe, la commercialité a des répercussions importantes sur le régime du service. Les décisions sur le prix restent dans l'ensemble contenues dans des actes administratifs, et ces prix peuvent ne pas couvrir l'intégralité des coûts, lorsque le service dispose d'autres recettes budgétaires, mais ils s'inspirent de calculs économiques et sont le pivot du système. On trouve là les transports urbains, les sources d'eau et d'assainissement, le chauffage urbain...* » .

⁶³⁰ M. Long : « *La tarification des services publics industriels et commerciaux locaux* », in ouvrage précité : « SPIC : questions actuelles » p. 65.

⁶³¹ en ce sens, V. Chomentowski , Ibid J.C.C.T., Fasc. N° 2210 Rub N° 99.

⁶³² J.P. Le Gall – « La fiscalité du financement privé des équipements collectifs » AJDA 1990, p3 : « *Prenant appui sur l'article 112-2 du Code Général des Impôts , l'Administration et le Conseil d'Etat autorisent traditionnellement les concessionnaires du service public, et eux seuls, à amortir fiscalement les capitaux investis* » .

envers l'économie publique à caractère industriel et commercial, limitant sa possibilité de créer des provisions pour investissements futurs.

B) Les impératifs d'égal traitement des usagers dans la fixation de la tarification

L'article L. 1411-1- 3^{ème} alinéa du CGCT⁶³³ rappelle que le principe d'égalité des usagers s'applique aux services publics locaux.

Ce principe d'égalité autorise néanmoins une modification tarifaire fondée en premier lieu sur la loi⁶³⁴ ou sur des considérations d'intérêt général ou de différences de situations sous le contrôle du juge.

Principalement fondés sur des critères sociaux et de revenus, la jurisprudence a admis une modulation tarifaire pour l'accès à des services publics administratifs (crèches, cantines, écoles de musique, etc....). A cet égard, la Jurisprudence a rejoint la notion du droit communautaire d'accès au service universel .

Toutefois, cette reconnaissance par le juge administratif de l'intérêt général justifiant une modification tarifaire des services publics locaux, aussi positive soit elle, contient en soit un facteur de généralisation de ce principe s'imposant alors aux collectivités locales et mettant : « *potentiellement en danger le principe de la libre administration* » comme l'indique Philippe Blachèr⁶³⁵ .

Pour Martine Long , les modulations tarifaires semblent être plus réservées aux SPA facultatifs qu'aux SPIC ne serait ce qu'en raison de l'obligation de l'équilibre financier incombant à ces derniers⁶³⁶ .

Néanmoins, pour l'établissement de leurs tarifications, les SPIC peuvent avoir recours aux usages de commerce c'est-à-dire des tarifs réduits pour des gros clients⁶³⁷ et même, mener une politique tarifaire ciblée en fonction de l'émergence d'un service nouveau⁶³⁸ .

Selon la Cour Administrative d'Appel de Lyon, une commune ne peut pas fonder une discrimination tarifaire pour l'accès au service public des remontées mécaniques entre

⁶³³ « La commission mentionnée à l'article L 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de aptitude à assurer la continuité du service public **et l'égalité des usagers devant le service publics..** »

⁶³⁴ JCA. Fasc. 126-10 : Services publics communaux - Rub N° 179 / « Le Conseil Constitutionnel a, dans sa décision du 20 Janvier 1993, N° 92-316, DC (JO 22 Janvier 1993 ; DR adm.1993, comm, N° 62) précisé : « que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situation différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit » .

⁶³⁵ in revue précitée p. 199.

⁶³⁶ Ouvrage précité « SPIC : questions actuelles » p.79.

⁶³⁷ in « *Grands Services Publics* », JF Lachaume, C.Boiteau , H. Pauliat, 2^{ème} édition Armand Colin, p. 354 ..

résidents permanents et non permanents, en se fondant sur leur qualité de contribuable pour opérer cette distinction⁶³⁹.

Cette analyse requiert note assentiment dans la mesure où la qualité de contribuable local ne concourt pas théoriquement au financement d'un SPIC dont l'équilibre financier provient des recettes commerciales en principe.

De plus, le fait d'être résident local ou de passage ne constitue pas une différence de situation appréciable pour l'accès au service des Remontées Mécaniques pouvant justifier une différence tarifaire comme dans le cas des habitants de l'île de Ré par rapport à ceux du continent dans l'utilisation du bac départemental⁶⁴⁰.

Cette affirmation mériterait d'être nuancée dans le cas de l'utilisation d'un funiculaire, par exemple celui reliant Bourg Saint Maurice (800 mètres) à ARC 1600. Cet ouvrage sert de liaison de transport entre la ville et sa station. L'accès à cet équipement est compris dans la tarification payée pour les remontées mécaniques.

Mais il ne serait pas inconcevable juridiquement d'envisager un abonnement spécifique réservé aux travailleurs saisonniers empruntant ce mode de transport.

Dans cette hypothèse, la différence tarifaire entre population permanente et touristique serait justifiée durant la saison hivernale.

Dans ses conclusions, M. Bourrachot balaye trop rapidement l'argument de la contribution de la population locale au fonctionnement du service des remontées mécaniques, notamment le fait de supporter les installations des télésièges, télécabines sur leurs propriétés.

Le Commissaire du Gouvernement répond à cela en invoquant les servitudes nécessaires à l'exploitation du domaine skiable, institués par les articles 53 et 54 de la Loi Montagne.

Or, dans la réalité, compte tenu du faible coût du foncier agricole, l'indemnisation des propriétaires pour l'installation de ces équipements évaluée par les services des Domaines de l'Etat est insignifiante. De ce fait, peu de servitudes sont régulièrement établies.

De surcroît, si les collectivités sont propriétaires de l'assise des pistes de ski alpin, il n'en demeure pas moins que les skieurs débordent la propriété communale stricto – sensu en effectuant du ski hors pistes empruntant des propriétés privées à cette occasion

⁶³⁸ Conclusions Bourrachot sur arrêt rendu par la C.A.A. de Lyon - 13 Avril 2000, Req. N° 96 Lyo 2472, Commune de Saint - Sorlin d'Arves : « *La Commune pourrait justifier une différenciation tarifaire par un effort commercial. Le Conseil d'Etat l'a admis pour le nouveau tarif voyageur du TGV Nord- Europe, mais à des fins expérimentales (Avis C.E. assemblée générale, section des travaux publics, 24 Juin 1993, N° 353605)* ».

⁶³⁹ 13 Avril 2000, Req. N° 96 Lyo 2472, Commune de Saint - Sorlin d'Arves : « *Considérant que le seul fait que les résidents permanents sont contribuables à titre principal dans la commune n'est pas constitutif, en ce qui concerne l'accès au service des remontées mécaniques, d'une différence de situation justifiant une exception au principe d'égalité qui régit l'accès au service public* ».

⁶⁴⁰ C.E. Sect. 10 Mai 1974, Denoyez et Chorques, Leb. P. 274.

en toute légalité⁶⁴¹ .

Ainsi, les biens fonciers des propriétaires locaux contribuent à la pratique du ski et son essor économique. Sous cet angle commercial, une réduction tarifaire pourrait être considérée comme la rémunération indirecte d'un droit d'utilisation du sol et donc justifiée.

Enfin M. Bourrachot fait état en appel de développement par la Commune de Saint Sorlin d'Arves de : « *considérations sociales et sportives susceptibles de fonder sa délibération* ». S'agissant de moyens nouveaux produits en appel, ils n'ont pas été considérés comme recevables ce qui explique sans doute que le Commissaire du Gouvernement ne se soit pas attardé plus longuement sur leur analyse.

Cependant, ces arguments apparaissent pertinents en faveur d'une modulation tarifaire favorable aux résidents permanents.

Si l'exploitation des remontées mécaniques revêt certes un caractère industriel et commercial, il n'en demeure pas moins que la pratique du ski alpin et ses disciplines dérivées constituent une activité sportive et de loisirs.

Or, dans les milieux montagnards, souvent géographiquement enclavés où existent peu de services à la population et notamment d'activités pour la jeunesse, il apparaît d'intérêt général de faciliter l'accès à ce loisir en opérant une réduction tarifaire comme en matière d'accès au service public culturel⁶⁴² eu égard au coût spécialement élevé de cette activité hivernale de loisirs .

En l'état du droit, la seule solution légale pour les résidents permanents serait de constituer un groupement d'achat sous forme associative. En ce cas, le groupement pourrait acheter en quantité des forfaits saisons justifiant ainsi une réduction commerciale. Ce montage juridique pourrait également s'appliquer à une union de résidents secondaires.

C) L'émergence d'impératifs nouveaux dans la fixation de la tarification

Tout d'abord, sous la double influence du droit privé et du droit communautaire, la tarification et l'organisation des services publics sont désormais contrôlées par le juge administratif au regard du droit de la concurrence dans la mesure où leurs effets ont des répercussions en termes d'abus de position dominante, d'entente ou de dépendance économique⁶⁴³ ; les arrêts de principe du Conseil d'Etat étant « *Société Million et Marais* »⁶⁴⁴ du 3 novembre 1997 ainsi que « *Société Hertz et Société Eda* »⁶⁴⁵ du 26 Mars 1999.

⁶⁴¹ M. Kaczmarek « Les collectivités locales et la gestion du domaine skiable » in gazette des C-D-R. du 9 Février 2000, p.97 : « *La détermination des espaces hors piste apparaît moins évidente tant la jurisprudence a étendu la notion de pistes de fait à des espaces qui autrefois pouvaient être considérés comme relevant du hors – piste. Selon la circulaire de 1978, le domaine hors piste fait partie du domaine de la station. Il est donc situé sous les remontées mécaniques et est constitué de la partie non banalisée située entre les pistes ou en bordure de celles-ci* ».

⁶⁴² C.E. sect, 26 Avril 1985, ville de Tarbes, Rec. CE p 119, pour une école de musique

⁶⁴³ en ce sens, S. Niciriski : « *Les évolutions du droit de la concurrence* » in AJDA du 12 avril 2004, p 751.

Mais dans sa fonction de contrôle de l'action de l'administration, le juge administratif ne dispose pas du monopole. Les plaignants peuvent également s'adresser au Conseil National de la Concurrence ou au juge judiciaire.

Par un arrêt du 3 octobre 2003⁶⁴⁶, la Haute Assemblée a rappelé les règles de répartition des compétences entre l'ordre administratif et judiciaire.

Si le recours porte sur l'approbation de la délibération tarifaire, la juridiction administrative est compétente. Par contre, s'il s'agit d'un litige né à l'occasion de l'application de la tarification à un client d'un SPIC, la juridiction judiciaire est seule compétente.

En l'espèce, le litige portait sur le refus opposé par un exploitant d'une station de ski à un moniteur indépendant de ski de lui accorder des avantages identiques aux groupements de moniteurs de ski, tant en matière tarifaire que d'accès aux équipements.

C'est ainsi que par un pourvoi du 9 novembre 1993⁶⁴⁷, la Cour de Cassation a sanctionné la régie municipale gérant la station de Cauterêts pour avoir porté atteinte au droit de concurrence en favorisant l'Ecole de Ski Française (E.S.F.) par rapport aux moniteurs concurrents de cette organisation, en lui ayant accordé des avantages substantiels en matière de tarification et de passage prioritaire aux remontées mécaniques.

Si l'exploitant d'une station de ski peut pratiquer une politiques commerciale en matière tarifaire en accordant une réduction aux Tours Opérateurs du fait de la quantité des forfaits de ski achetés par ceux-ci, il n'en demeure pas moins que sa politique tarifaire doit s'appliquer de façon identique à tous les opérateurs en situation semblable d'achat. C'est le sens donné par une décision du Conseil National de la Concurrence n°99-MC-10 du 16 décembre 1999⁶⁴⁸, enjoignant à la société Transmontagne exploitant la station de Pra-Loup de communiquer à une agence locale de voyages : « ses tarifs et conditions générales et particulières de vente et de mise à disposition des forfaits applicables au titre de la saison 1999/2000 pour la station de Pra-Loup tant aux Tours Opérateurs étrangers qu'aux professionnels soumis à la loi du 13 juillet 1992».

Dans un arrêt du 17 février 2003⁶⁴⁹, la Cour d'Appel de Grenoble a reconnu le bien fondé de la tarification des groupes pratiquée par la commune de Vars eu égard à son caractère dégressif s'appliquant à tous les clients en situation semblable par l'attribution

⁶⁴⁴ A.J.D.A 1997, p 945, relatif au service des pompes funèbres.

⁶⁴⁵ A.J.D.A 1999, p 427, concernant l'affectation du domaine public pour la pratique d'une activité commerciale de location de voitures.

⁶⁴⁶ C.E. M. Peyron – req. N°242967, AJDA du 20 octobre 2003, p 1848

⁶⁴⁷ n°91-20772, ch. Com., site Légifrance

⁶⁴⁸ site internet du C.N.C.

⁶⁴⁹ C. Civile – RG n°99/01673 – SEM SEDEV.

d'une remise proportionnelle au chiffre d'affaires.

Les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas les seules à être sanctionnées.

En effet, l'émergence de la notion de consommateur tend à modifier les relations des services publics avec leurs usagers pour que ceux-ci deviennent des clients et donc des consommateurs⁶⁵⁰.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a intégré le droit de la consommation dans le bloc de légalité des décisions administratives en matière de gestion des SPIC.

C'est d'abord au travers d'un arrêt du 11 juillet 2001⁶⁵¹, que la Haute Assemblée a examiné la régularité d'un règlement de service d'eau potable au regard des dispositions de l'article L 132-1 du code de la consommation, qui prohibe les clauses abusives.

Ensuite, par un arrêt du 13 Mars 2002⁶⁵², le Conseil d'Etat a eu à connaître de l'application de l'article L 122-1 du Code de la Consommation, relatif à l'interdiction de la vente liée, à propos de la réorganisation tarifaire à l'ensemble des liaisons ferroviaires de l'Ile de France.

Le juge administratif n'incorpore pas purement et simplement les dispositions du code de la consommation, mais prend également en compte les nécessités du service public comme cela ressort de la rédaction de l'arrêt précité « *Société des eaux du Nord* »⁶⁵³; ce qui fait dire à V. Corneloup qu'une clause exorbitante de droit commun n'est pas illégale en soit si elle poursuit un but d'intérêt général alors qu'en l'absence de cette finalité, elle devient abusive⁶⁵⁴.

SECTION III : LA FISCALITE DES REGIES

§1. La Fiscalité de droit commun :

Comme l'indique E. Gintrand, en matière de fiscalité, ce qui importe avant tout c'est le caractère ou non lucratif de l'activité qui prévaut sur le critère organique⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ en ce sens : « *Usager, client, consommateur du SPIC local* » contribution d'Hélène Pauliat à l'ouvrage collectif op cité : « *SPIC : questions actuelles* », p 81 .

⁶⁵¹ « *Société des eaux du Nord* », note G.J Guglielmi, in AJDA 2001 , p 893.

⁶⁵² U.F.C., AJDA 2002 n°14, p976 – note G. J. Guglielmi et G. Koubi.

⁶⁵³ « *Le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même, mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrats et , lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service* ».

⁶⁵⁴ in : « *Le juge administratif et de le droit de la consommation* », Gazette des C-D-R du 14 juillet 2003, p 50 : « *On comprend dès lors que le problème qui se pose dorénavant à la fois aux gestionnaires de services publics et au juge administratif est de déterminer si une clause est une clause exorbitante de droit commun, légale car motivée par la poursuite de l'intérêt général, ou une clause abusive, illégale car motivée par la seule volonté de profiter du rapport de force favorable au gestionnaire du service public* » .

Néanmoins, l'instruction fiscale du 8 octobre 1986 : BODGI 4 H-9-86, relative au régime fiscal des régies exploitant des remontées mécaniques, aménage les exonérations suivantes :

- les régies directes : pour la totalité des impôts et taxes à l'exception de l'imposition forfaitaire annuelle et de la participation à la construction ;
- les régies autonomes : pour les taxes professionnelle et sur les salaires ainsi que pour la participation à la formation professionnelle ;
- et les régies personnalisées : uniquement pour la Taxe professionnelle.

Par comparaison avec les différents impôts et taxes auxquels sont soumises , en application de l'article 1654 du C.G.I, les entreprises privées exécutant les mêmes activités , la position de l'administration fiscale est la suivante :

- Impôt sur les sociétés et imposition forfaitaire annuelle :

En application de l'article 207-1-6° du CGI, les collectivités locales sont exonérées de l'impôt sur les sociétés. Cette disposition profite aux seules régies directes.

L'exonération de l'article 233 septies du CGI concernant l'imposition forfaitaire annuelle , est subordonnée à l'exécution d'un service indispensable à la satisfaction des besoins collectifs de la population. Ce critère fait défaut pour la gestion des remontées mécaniques à moins d'être exploitée en régie directe.

Taxe Professionnelle : En vertu de l'article 1449-1° du CGI, les collectivités locales 1. sont exonérées de la taxe professionnelle pour leurs activités à caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire , social, sportif ou touristique.

C'est pourquoi, cette disposition est étendue à l'ensemble des régies de remontées mécaniques.

Taxe sur les Salaires : Les régies directes et autonomes d'exploitation des remontées1. mécaniques bénéficient de l'exonération applicable aux collectivités locales.

Les régies personnalisées sont assujetties selon le régime de droit commun en fonction de leur situation au regard de la TVA.

Taxe d'apprentissage : Les régies soumises à l'impôt sur les sociétés sont assujetties 1. à cette taxe en vertu de l'article 224-2-2 du CGI ; ce qui est le cas des régies autonomes et personnalisées des remontées mécaniques.

⁶⁵⁵ in : « La fiscalité des SPIC locaux », contribution à l'ouvrage op. cité : « SPIC : questions d'actualité » p143 et s : « Or, s'il est vrai que la fiscalité des services publics dépend d'une certaine mesure de leur caractère industriel et commercial, il n'en demeure pas moins que cette notion est pas ou peu pertinente en droit fiscalLa rédaction de l'article 206-1 du CGI, postérieure à celle de l'article 1654 du CGI, ne fait nullement référence au caractère industriel et commercial de l'activité et fait du caractère lucratif des exploitations ou opérations auxquelles se livrent les personnes publiques le seul critères de leur assujettissement à l'impôts sur les sociétés ».

Participations des employeurs au développement de la formation continue : Seules 2. les régies personnalisées sont assujetties ; les régies directes et autonomes des remontées mécaniques bénéficient de l'exonération en vigueur pour les collectivités locales.

Participations des employeurs à l'effort de construction : Il résulte de l'article L 313-1 3. du code de la construction et de habitation que les régies locales à caractère industriel et commercial sont assujetties à cette contribution. Seules les régies directes peuvent prétendre s'y soustraire.

Manifestement, les régies directes exploitant des domaines skiables bénéficient d'un régime très favorable par comparaison avec celui des gestionnaires privés. Cette situation fiscale contribue à renforcer la spécificité sur la nature de ce service qui échappe à la plupart des impôts et taxes en vigueur pour les services à caractère industriel et commercial.

La comparaison est moins avantageuse pour les régies autonomes et encore moins pour les régies personnalisées.

L'article 256 B du CGI soumet de plein droit à T.V.A. l'activité de transport de voyageurs incluant le secteur des remontées mécaniques, et ce au taux réduit de 5.5%. L'instruction fiscale précitée du 8 octobre 1986 énonce que cet assujettissement s'étend en matière de remontées mécaniques non seulement aux régies personnalisées mais également aux régies autonomes et directes. Toutefois pour ces deux dernières entités , les flux financiers internes avec leur collectivité de rattachement échappent au régime de la T.V.A.

Par ailleurs, le « Guide de la TVA » édité par l'Administration des Finances ⁶⁵⁶ rappelle que seuls ouvrent droit à déduction de la TVA, les biens affectés à l'exploitation des remontées mécaniques et dont le coût est répercuté dans les tarifs imposables. De ce fait, les équipements collectifs périphériques à l'activité tels que des parkings sont exclus du droit à déduction car le coût n'est pas répercuté sur l'utilisateur.

§2. Les Taxes communales et départementales sur les remontées mécaniques :

La loi Montagne du 9 janvier 1985 a mis en place des dispositions fiscales spécifiques notamment par ses articles 85 à 89, complétés par l'article 47 de la loi N°86-972 du 19 août 1986. Ceux-ci instaurent une taxe communale et une taxe départementale aux entreprises exploitant des remontées mécaniques ⁶⁵⁷. Toutefois, l'affectation de ces taxes n'est pas destinée à financer les investissements des remontées mécaniques mais revêt un caractère plus général. ⁶⁵⁸

Ces dispositions ont été codifiées au code général des collectivités territoriales.

⁶⁵⁶ disponible sur le site MINEFI

⁶⁵⁷ Ces dispositions ont été codifiées dans le code général des collectivités locales respectivement sous les articles L 2333-49 à L 2333-53 et L 3333-4 à L 3334-7.

En application des articles L 2333-49 et suivants du CGCT, les communes sur lesquelles sont exploitées des remontées mécaniques ont la possibilité d'instituer une taxe communale dans la limite de 3% des recettes brutes provenant de la vente des titres de transport.

De même, les départements en application des articles L 3333-4 et suivants du C.G.C.T, peuvent également instituer une taxe départementale complémentaire dans la limite de 2 %. Toutefois, la perception de cette taxe est conditionnée au fait que les communes supports de stations n'aient pas institué initialement avant le 31 décembre 1983 la taxe communale à hauteur non pas de 3% selon le régime de droit commun, mais à hauteur de 5% . En ce cas, ces dernières continuent de bénéficier du taux majoré à leurs profits et ce au détriment des départements.

Comme le précise la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 12 Mai 1987, lorsque l'exploitation des remontées mécaniques s'étend sur plusieurs communes, la taxe est perçue sur la base d'une convention fixant la répartition de son assiette, conclue entre toutes les communes concernées. En cas de désaccord, le Préfet est amené à la fixer en prenant pour référence la puissance technique des appareils de remontées mécaniques.

Ce critère peut être modulé entre les parties en l'assortissant par le nombre de passages comptés par installations.

Ces taxes communales et départementales s'appliquent quelque soit le mode d'exploitation publique ou privée du domaine skiable ; mais elles n'ont pas vocation à financer les équipements de remontées mécaniques.

Du fait de la carence de la fiscalité française à répondre aux besoins financiers des remontées mécaniques, certains acteurs socioprofessionnels préconisent que les investissements importants liés à l'enneigement artificiel, pour palier les aléas climatiques dus aux saisons sans neige, soient financièrement supportés par les collectivités locales puisque les effets macro-économiques des remontées mécaniques affectent l'ensemble de l'économie locale.

Toutes les activités annexes liées au tourisme (restauration, hôtellerie, magasins de sport) se développent en effet grâce à l'investissement des remontées mécaniques. A ce titre, les contribuables locaux sont appelés à financer les équipement assurant une couverture neige puisque les hivers sans neige entraînent immédiatement des manques à gagner importants pour tout le secteur des remontées mécaniques et l'économie régionale.

C'est la solution retenue par la commune de Saint-Bon-Courchevel qui a pris à sa

⁶⁵⁸ in JCN Construction-Urbanisme Fasc N°11-80 Rub N°75 : « le produit annuel de la taxe communale et de la taxe départementale est affecté, sous réserve des dispositions prévues au premier alinéa de l'article 88 (L N°53-30, 9 janv.1985, art. et 89) : 1.- à des interventions favorisant le développement agricole en montagne ; 2.-aux dépenses d'équipement, de services, de promotion et de formation induites par le développement du tourisme en montagne et les besoins des divers types de clientèle ainsi qu'à l'amélioration des accès ferroviaires et routiers ; 3.-aux dépenses de développement d'un tourisme d'initiative locale en montagne et des activités qui y contribuent ; 4.-à des charges engagées par les clubs locaux de ski pour la formation techniques de leurs jeunes adhérents ; 5.-au financement d'actions de prévention des accidents en montagne conduites par des organismes compétents en la matière, et notamment par les sociétés de secours » .

charge une partie des investissements liés à l'enneigement artificiel de son domaine à hauteur de 5 M.F. par an entre 1995 et 1998, au lieu de faire supporter la totalité du coût de cet équipement par son exploitant⁶⁵⁹.

Pour palier à la crise du secteur des remontées mécaniques, l'Autriche a considéré que l'effort fiscal était mal réparti. C'est pourquoi, ce pays a institué une Taxe de Promotion Touristique auprès de toutes les personnes morales ou physiques ayant une activité lucrative indépendante en lien avec le tourisme local (hôtels, restaurants, commerces) sur l'ensemble de son territoire pour un taux de 1,5 pour 1000 du chiffre d'affaire⁶⁶⁰. Les fonds ainsi perçus alimentent les aides publiques en faveur des domaines skiables. Le canton du Valais en Suisse a également adopté cette fiscalité additionnelle.

CHAPITRE 2 : LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTÉES MECANIQUES

Les relations de travail des personnels des régies des remontées mécaniques sont soumises en principe au droit privé (Section I), avec des exceptions relevant du droit public (Section II).

SECTION I : L' APPLICATION DU DROIT SOCIAL.

§ 1 . Le principe du recours au droit commun du travail

Les agents des services publics à caractère industriel et commercial, ce qui est le cas des régies autonome ou personnalisée d'exploitation des remontées mécaniques, relèvent du droit social sauf dispositions législatives contraires ou qualifications jurisprudentielles opposées⁶⁶¹. La justification de cette règle réside dans la volonté d'abonder dans le sens d'une gestion privée de ces services⁶⁶².

Ainsi, les services publics industriel et commercial sont tenus d'appliquer à leurs personnels les dispositions du droit du Travail.

Il est à noter que le Code Général des Collectivités Territoriales ne dote pas les personnels des régies industrielles et commerciales d'un statut réglementaire, comme cela existe pour certains établissements publics nationaux⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Lettre d'observation de la C.R.C. Rhône Alpes en date du 10/07/2000 Commune de St Bon Tarentaise Courchevel

⁶⁶⁰ « Valais : 50 communes prélèvent une TPT », Aménagement et Montagne Mai 2003 p.63 .

⁶⁶¹ CE 2 mai 1958 , Garigue Lebon p 251.

⁶⁶² En ce sens note Chapus ,Droit Administratif Général, Tome 2 , Rub. n°25. 15^e édition Domat Montchrestien.

⁶⁶³ A ce sujet C. Maugué et L. Touvet : « Conditions de l'application du Code du Travail aux entreprises nationales et aux établissements publics dotés d'un statut réglementaires » , AJDA 1993, p 682.

C'est pourquoi l'absence de statut réglementaire, est compensée par l'application de la convention collective du secteur d'activité concerné⁶⁶⁴ ; tel est le cas pour les régies autonome ou personnalisée d'exploitation des remontées mécaniques.

Le principe de l'application du droit commun du travail qui s'applique aux relations individuelles et collectives du travail, doit être tempéré en matière d'organisation général du service dans la mesure où l'exploitation des remontées mécaniques constitue un service public industriel et commercial.

Or les SPIC sont soumis aux « Lois de Rolland » dont le principe de continuité du service public constitue une des composantes⁶⁶⁵ ; et justifie une réglementation particulière du droit de grève notamment le dépôt d'un préavis⁶⁶⁶.

En conséquence, en cas de conflits du travail, la juridiction sociale pourra être amenée à appliquer les règles de fond relatives au fonctionnement des SPIC qui sont partiellement dérogoires par rapport au droit commun du travail⁶⁶⁷.

Il n'en demeure pas moins vrai que la gestion courante des personnels des régies des remontées mécaniques sera identique à celle des entreprises privées délégataires du fait de l'application de la même convention collective. En matière de gestion des ressources humaines, il n'y aura donc pas de différence notoire en raison de la nature

⁶⁶⁴ J.C.C.T, Fasc 742, RubN° 92 : « Mais rien n'empêche que ces conditions de recrutement, de déroulement de carrière soient définies par une convention collective de travail puisque les lois N° 82-957 du 13 novembre 1982 et N° 85-10 du 3 janvier 1985 autorisent, en l'absence de statut du personnel défini par voie législative ou réglementaire, les établissements publics industriels et commerciaux à conclure des conventions collectives avec les représentants des personnels (C trav., art. L 134-1 et L 134-2) ».

⁶⁶⁵ A.G. Kouévi, ouvrage précité p.22 : « Intiment liés à l'essence même du service public, ces grands principes (« Lois de Rolland ») sont formulés depuis par des jurisprudences classiques et s'appliquent même dans des hypothèses de gestion privée du service public. En effet, les SPIC locaux sont soumis à des contraintes qui ne pèsent pas sur les entreprises en concurrence avec eux. Ces obligations sont érigées en principes, qui sont ici les mêmes qui gouvernent tous les services publics. Il s'agit : - **du principe de continuité du service public**, source de droits et d'obligations tant pour l'organisme gestionnaire du service (qui a l'obligation d'en assurer un fonctionnement régulier et continu du service et qui dispose de pouvoirs exorbitants pour garantir cette continuité en cas de circonstances exceptionnelles) que pour son personnel (réglementation du droit de grève (CE 7 août 1909, Winkell, GAJA ; CE Ass. 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. P.492) ».

⁶⁶⁶ J.C Colson, in ouvrage précité, p.107 : « La continuité du service public. Elle est assurée par plusieurs dispositions dont la principale est la loi du 31 juillet 1963 qui impose un préavis de cinq jours francs avant le déclenchement de la grève et interdit les grèves tournantes. Ces dispositions sont applicables à tous les agents des services publics (administratifs et industriels ou commerciaux), qu'ils relèvent d'une personne publique ou privée ».

⁶⁶⁷ J.C.C.T, Fasc 740, RubN°77 : « Cette soumission individuelle au droit privé des agents des services publics industriels et commerciaux, n'entraîne pas nécessairement l'application à ces agents du droit commun du travail... Il n'en resta pas moins qu'on se situe ici dans un cadre de droit privé et que, si un litige survient entre l'agent et le service – ici la personne publique locale puisque le service est exploité en régie -, il appartiendra au juge judiciaire, normalement le Conseil des prud'hommes, de le trancher par recours à des règles de fond qui, encore une fois, ne sont pas systématiquement celles du droit commun du travail, d'autant plus que ces dernières ne sont pas toujours adaptées aux exigences du fonctionnement des services publics. En particulier, il sera nécessaire de concilier le droit de grève des agents et le principe de continuité du service public ».

publique ou privé de l'entreprise gestionnaire du domaine skiable.

§ 2. L'application des règles relatives aux instances représentatives des personnels

2.1 –La représentation des salariés au sein des organes de gestion des régies.

Le Décret du 23 Février 2001 n'aménage pas une représentation spécifique des personnels des régies au sein des Conseil d'Administration ou Conseil d'exploitation gérant un service industriel et commercial, comme l'a institué la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public en posant le principe d'une représentation élue des personnels au sein des instances dirigeantes des EPIC de l'Etat.

A cet égard, l'interdiction posée par le paragraphe N° 2 de l'article R 2221-8 du C.G.C.T est ambiguë dans sa rédaction :

« Les membres du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation ne peuvent :...2. occuper une fonction dans ces entreprises ». A première lecture, cela signifie que les personnels qui occupent par essence « une fonction dans l'entreprise », ne peuvent pas siéger au sein de ces instances.

Toutefois, la doctrine déduit de la rédaction de l'article R 2221-53 du C.G.C.T⁶⁶⁸ qui interdit expressément la représentation de personnels au sein d'un conseil d'administration d'une régie personnalisée gérant un service public administratif, la faculté « à *contrario* » de représentation de personnels tant au sein d'un conseil d'administration ou d'un conseil d'exploitation d'une régie gérant un service public industriel et commercial⁶⁶⁹.

Pour P. Tifine, l'interdiction d'agents publics au sein des organes de gestion d'un service public administratif découle simplement de l'application du principe d'autorité hiérarchique ; auquel les salariés ne seraient pas soumis et justifie en conséquence leurs présences au sein des conseils d'administration ou des conseil d'exploitation des régies à caractère industriel et commercial⁶⁷⁰.

C'est ainsi, par exemple, que la régie personnalisée des remontées mécaniques de Mongénévre a inclus dans ses statuts une représentation de son personnel⁶⁷¹.

Il ressort à la fois de la rédaction du décret du 23 février 2001 et de l'analyse de la

⁶⁶⁸ « Les agents de la commune ou de la régie ne peuvent être membres du conseil d'administration ».

⁶⁶⁹ J.C Douence, commentaire précité du Décret du 23 Février 2001 in AJDA 2001, p.376 : « Il n'y a pas lieu de revenir sur la composition du conseil d'exploitation qui est identique à celle du conseil d'administration de la régie personnalisée, avec les la même restriction relative à la représentation des agents publics si la régie gère un service à caractère administratif » .

⁶⁷¹ Extrait art.2 des statuts : « Le Conseil d'Administration de la régie est composé de 11 membres désignés par le Conseil Municipal, sur proposition du Maire... Il comprend : - 6 membres de l'autorité organisatrice ; - 2 membres choisies en raison de leur compétence ; - 3 membres représentant le personnel de la Régie, dont 2 en ce qui concerne le personnel d'exécution et 1 pour le personnel d'encadrement ».

doctrine, que la représentation des salariés au sein des organes de gestion des régies à caractère industriel et commercial demeure facultative.

2.2 . Les Institutions représentatives des salariés figurant au Code du Travail

A) LA SITUATION DE DROIT COMMUN DES RÉGIES PERSONNALISÉES

Les institutions représentatives des salariés sont mentionnées aux principaux articles suivants du Code du Travail :

- L 431 – 1 : Comité d'entreprise ;
- L 421 – 1 : Délégué du personnel ;
- L 231 – 1 : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ;
- L 421 – 1 : Droit syndical .

L'ensemble des articles susvisés s'applique sans aucune restriction aux régies personnalisées à caractère industriel et commercial dans la mesure où elles constituent expressément une catégorie d'entité juridique visée par le code du travail quant au champ d'application des articles précités⁶⁷² .

B) LA SITUATION PARTICULIÈRE DES RÉGIES AUTONOMES

L'application des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel pose problème aux régies autonomes dans la mesure où elles ne constituent pas une entité juridique expressément mentionnée au Code du Travail.

Interrogé, à la demande de la sous-préfecture d'Albertville, sur la création d'un comité d'entreprise au sein d'une régie autonome d'exploitation des pistes de ski , le Pole Interrégional d'appui au contrôle de légalité de Lyon a répondu positivement par un courrier du 27 mars 2003.

D'après cet organisme conseil, ce qui prévaut c'est la nature du contrat de travail relevant du droit privé rendant forcément applicable le code du travail dans toutes ses dispositions ; et non pas la nature juridique de l'employeur⁶⁷³ .

⁶⁷⁰ in J.C.C.T, Fasc 742, rub. N°57 : « La dernière catégorie, dont il paraît logique, à priori, d'assurer la représentation dans le conseil d'administration de la régie personnalisée, est celle des salariés. Cette représentation est imposée pour les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat, par la loi précitée, du 26 juillet 1983 (art. 5). Pour les régies locales personnalisées gérant un service public administratif , cependant, la participation d'agents de la personne publique locale concernée ou de la régie a été interdite par le décret du 23 février 2001 (CGCT, art. R 2221-54). Cette interdiction n'est toutefois guère surprenante. Sur ce point, le statut juridique de la régie personnalisée s'apparente à celui des établissements publics administratifs pour lesquels ce type de représentation est généralement interdite (sauf exceptions concernant notamment les établissements hospitaliers ou universitaires), ce qui est la conséquence logique du principe hiérarchique. En revanche, cette possibilité de représentation est ouverte lorsque le service géré a un caractère industriel et commercial).

⁶⁷² J. Chorin in AJDA 2000 p 382 :En ces sens, article « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé ».

Cette interprétation extensive en faveur de la reconnaissance d'un Comité d'Entreprise au sein d'une régie autonome va à l'encontre de la rédaction même de l'article L 431-1 du Code du Travail ainsi que de la jurisprudence existante en la matière.

En effet, il résulte de la rédaction de l'article L 431 – 1 du Code du Travail que la création d'un Comité d'Entreprise n'est possible que dans certaines entités économiques où ne figure pas la régie autonome ⁶⁷⁴ .

C'est la raison pour laquelle le Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand ⁶⁷⁵ a considéré que la régie municipale des eaux minérales de Royat, dotée de l'autonomie financière et non de la personnalité morale, n'était pas au nombre des entreprises, établissements publics et autres organismes soumis à l'application de l'article L 431 – 1 du Code du Travail. En outre, le Tribunal a estimé que toutes ces entités étaient nécessairement dotées de la personnalité morale ce qui fait défaut à une régie autonome ⁶⁷⁶ et que la collectivité territoriale de rattachement – employeur réel des personnels de sa régie autonome – n'était pas non plus au nombre des entreprises, établissements publics et autres organismes soumis à l'application de l'article L 431 – 1 du Code du Travail.

Cette jurisprudence est dans le droit fil de la position prise par le Tribunal des Conflits à propos de la direction des monnaies et médailles de l'Etat, qui constituait aussi un service public à caractère industriel et commercial non doté de la personnalité civile. Le

⁶⁷³ « Je rappelle que le fait que la régie n'a pas de personnalité morale est sans incidence sur la régie applicable à son personnel, qui dépend plus de la nature des contrats que de la personne morale chargée de les gérer ».

⁶⁷⁴ Article L 431 – 1 : « Des Comités d'Entreprise sont constitués dans toutes les entreprises industrielles et commerciales, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats mutualistes, les organismes de sécurité sociale, à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, et les associations quels que soient leurs forme et objet, employant au moins cinquante salariés (...). Les dispositions du présent titre sont applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics déterminés par décret qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. Toutefois, ces dispositions peuvent, compte tenu des caractères particuliers de certains de ces établissements et des organismes de représentation du personnel éventuellement existants, faire l'objet d'adaptations pour ces établissements, sous réserve d'assurer les mêmes garanties aux salariés de ces établissements. Ces adaptations résultent de décrets en Conseil d'Etat (...) ».

⁶⁷⁵ Jugement du 26 janvier 2000 , réq n° 99370 , cité sur le site Affaires-publiques.org et obtenu auprès de la juridiction compétente.

⁶⁷⁶ « Considérant qu'il n'est pas contesté par les parties que la régie municipale des eaux minérales de Royat est, en application des articles L 2221-1 et L 2221-4 du code général des collectivités territoriales, un service industriel et commercial doté de l'autonomie financière mais non de la personnalité morale ; que ce service non personnalisé est géré par la commune de Royat qui constitue sa personne morale de rattachement et qui est l'employeur de M. Delavie ; que par suite, cette régie municipale ne constitue pas un établissement public, ni une entreprise au sens des dispositions des articles L 412-1 alinéa 1 et L 431-1 alinéa 1 du code du travail, lesquelles visent nécessairement des entités dotées de la personnalité juridique ; que la commune de Royat , collectivité territoriale, catégorie juridique distincte de l' établissement public, ne saurait être regardée comme étant au nombre des entreprises et autres organismes mentionnées aux articles L 412-1 et L 431-1 du code du travail... ».

Tribunal des Conflits a en effet considéré que ce type de service industriel et commercial, non doté de la personnalité morale, n'est pas en nombre des entreprises industrielles et commerciales auxquelles s'applique l'exigence d'un Comité d'Etablissement⁶⁷⁷.

Dans un courrier précédent du 17 février 2003 adressé également à la sous-préfecture d' Albertville, le Pole Interrégional d'appui au contrôle de légalité de Lyon se prononce également favorablement sur l'élection des délégués du personnel prévu à l'article L 421 – 1 du Code du Travail au sein de la même régie autonome des pistes.

Cette Administration part du principe que « dans la mesure où la régie gère un SPIC et qu'elle est employeur d'au moins onze salariés de droit privé, elle constitue un établissement soumis au Code du Travail » et donc que cela est suffisant pour l'assujettir aux dispositions de l' article L 421 – 1 du Code du Travail.

Dans les deux jurisprudences précitées, le Tribunal Administratif et le Tribunal des Conflits n'ont pas du tout contesté la soumission des régies autonomes au droit du travail, mais les juridictions ont simplement relevé, et à bon droit, que ces services à caractère industriel et commercial ne constituaient pas pour autant une des entités citées par le Code du Travail pour qu'un Comité d'Etablissement soit créé. C'est également le cas avec l'article L 421-1 relatif à l'élection de délégués du personnel⁶⁷⁸.

Comme le relève justement le jugement précité du Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand en date du 26 février 2000, ce qui constitue le lieu commun à l'énumération des établissements, entreprises et autres organismes visés à l'article L 431-1 du code du travail, c'est d'être nécessairement dotés de la personnalité morale. Le même raisonnement est transposable pour l'article L 421-1.

Cette qualité faisant défaut à une régie autonome, il résulte que les dispositions des articles L 423 – 16 et L 421 – 1 du Code du Travail ne sont donc pas applicables ; pas plus d'ailleurs que celles de l'article L 231-1 concernant la création d'un comité d'hygiène et de sécurité.

Pour ce dernier organisme, celui-ci sera néanmoins créé non pas sur le fondement du code du travail, mais en raison des dispositions spécifiques à la fonction publique territoriale contenues par le décret du 10 juin 1985 modifié.

§3) L'application du droit du travail à la situation individuelle des fonctionnaires affectés à une régie autonome.

En cas de transformation d'une régie directe d'exploitation des remontées mécaniques en régie autonome, cela ne se traduit pas le plus souvent par le recrutement de personnels

⁶⁷⁷ T.C 12 avril 1976 , n° 02025 syndicats CFTD et FO de l'établissement de Pessac des monnaies et médailles , Réc p. 699 cité par JF. Lachaume dans l'ouvrage « *Grands services publics* » 2^{ème} édition p150.

⁶⁷⁸ Article L 421 – 1 : « *Le personnel élit des délégués dans tous les établissements industriels, commerciaux, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les sociétés mutualistes, les organismes de sécurité sociale, à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, et les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soit leur forme et leur objet, où sont occupés au moins de onze salariés* ».

nouveaux, mais plutôt par une affectation des agents déjà en fonctions dans ce service dont la gestion vient d'être différenciée du budget principal de la collectivité de rattachement .

Si ceux-ci ont préalablement la qualité de fonctionnaires, ils conservent le bénéfice de leurs statuts selon une réponse ministérielle ⁶⁷⁹, et en ceci en application de l'article 2 de la loi n° 83 – 634 au 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des territoriaux. Comme l'indique les auteurs de l'ouvrage « Fonction Publique Territoriale », édition LITEC ⁶⁸⁰, la position ministérielle fondée sur un avis du Conseil d'Etat en date du 3 juin 1986 et annexé à une circulaire du Ministère de l'Intérieur n° 48 C du 27 février 1987, mérite d'être nuancée.

En effet, si l'on compare la jurisprudence concernant les fonctionnaires détachés auprès d'un employeur privé, certes ceux-ci conservent les prérogatives de leurs statuts mais les conflits de travail avec leurs employeurs relèvent de la juridiction sociale ⁶⁸¹. Il en va de même en cas de mise à disposition d'un agent communal à un délégué d'un service d'enlèvement d'ordures ménagères en raison de la nature industrielle et commerciale du service ainsi géré ⁶⁸².

Certes, il est exact qu'en ce qui concerne une régie autonome, il n'y a pas de changement d'employeur. Nous sommes alors dans la situation des établissements « à double visage » du fait de la conjonction au sein de la même collectivité, d'un service administratif à titre principal et d'une activité industrielle et commerciale à titre secondaire.

C'est notamment le cas des chambres de commerce et d'industrie qui sont des établissements publics administratifs dont le personnel est régi par un statut spécifique de droit public. Ces organismes peuvent être amenés à gérer des services industriels et commerciaux tel qu'un service d'outillage portuaire. Le Tribunal des Conflits a estimé que les litiges individuels des agents qui y sont **affectés** relèvent du droit social ⁶⁸³.

En raison du caractère industriel et commercial d'une régie autonome, le même

⁶⁷⁹ Rép. min n° 36382, JOAN Q, 31 juillet 2000 p 4550.

⁶⁸⁰ Fasc. 60, rub n° 34

⁶⁸¹ T.C 18 juin 2001, n° 3248, M. Potreau : « *considérant que, nonobstant le fait que le détachement de M. POTREAU ait été décrété dans le cadre des dispositions législatives régissant la fonction publique territoriale et que l'intéressé ait continué à bénéficier des avantages liés à son statut de fonctionnaires pendant la durée de son détachement, le contrat qui l'uni à la société TUBS est un contrat de droit privé ; qu'il en résulte que la demande, qui est relative à l'exécution et à la rupture de ce contrat, relève de la compétence du juge judiciaire* » .

⁶⁸² T.C 21 mai 2001, M. Errédir C/ Cne de Manosque, req n°3249 : « *qu'en raison de la nature juridique d'un service ainsi géré, l'action en responsabilité exercée par un membre du personnel qui y est affecté à l'encontre du concessionnaire ou du fermier met en cause des rapports de droit privé ; qu'il en va ainsi alors même que cette action émane d'un agent public placé en position de détachement auprès du concessionnaire ou du fermier dans la mesure où il est de principe qu'un agent placé en position de détachement est soumis aux règles régissant la fonction exercée par l'effet du détachement ; qu'il en va pareillement en cas de mise à disposition d'un agent public, lequel est ainsi lié au fermier du service public industriel et commercial par un contrat de travail* » .

raisonnement est transposable à l'égard de fonctionnaires territoriaux affectés à une régie autonome d'exploitation des remontées mécaniques.

Avec l'intercommunalité, nous pouvons parfaitement voir se réaliser l'hypothèse d'un transfert automatique vers un établissement public de coopération intercommunale, d'agents exerçant précédemment au sein de régies directes de petites stations. Si l'article L 5211-4-1 du C.G.C.T.⁶⁸⁴ leur garantit le maintien du statut, il n'en demeure pas moins qu'en cas de création d'une régie autonome pour gérer le domaine skiable intercommunal, leurs relations de travail relèveraient en ce cas du droit social en application de la jurisprudence précitée du Tribunal des Conflits du 3 juin 1996 - CCI de St Malo.

SECTION II. : PAR EXCEPTION, LES AGENTS DE DROIT PUBLIC DES REGIES D'EXPLOITATION DES REMONTEES MECANIQUES.

Il existe toutefois des exceptions au principe voulant que les personnels des services à caractère industriel et commercial soient soumis au droit privé, consistant à ce que plusieurs catégories d'agents relèvent du droit public. Il s'agit :

- du directeur,
- du comptable.

A cette énumération, il convient d'ajouter vraisemblablement les employés d'une régie directe des remontées mécaniques, laquelle constitue un service administratif sur le fondement de l'article 47 de la loi Montagne de part la volonté du législateur comme démontré précédemment.

Eu égard à l'importance de rôle du directeur, il convient d'étudier sa situation dans une sous-section spécifique, et l'ensemble des autres agents dans une autre sous-section.

⁶⁸³ T.C 3 Juin 1996 n° 02968, CCI de St Malo, Bull Cass n° 8 p10, Lebon, cité dans l'article « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé » de J. Chorin in AJDA 2000 P382 : « *Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le service de l'outillage portuaire géré par la Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Malo auquel était affectée Mme Le Gac présente le caractère d'un service industriel et commercial géré dans les conditions du droit privé ; qu'ainsi, bien que la Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Malo soit un établissement public, il appartient aux tribunaux judiciaires, eu égard à la nature du service susmentionné, de se prononcer sur les litiges individuels concernant **les agents qui y sont affectés**, à moins qu'ils n'exercent les fonctions de directeur ou de chef de la comptabilité ayant la qualité de comptable public ; que Mme Le Gac qui exerçait les fonctions de secrétaire, ne relevait d'aucune de ces deux catégories ; que dans ces conditions, sa demande relevait de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ».

⁶⁸⁴ « *Le transfert de compétence d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre. Les fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires qui remplissent en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service transféré en application de l'alinéa précédent sont transférés dans l'établissement public de coopération intercommunale. Ils relèvent de cet établissement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs* ».

Sous-section II-1. le Directeur de la régie autonome ou personnalisée.

§1) Un statut d'agent public dégagé par la Jurisprudence

La juridiction administrative est compétente pour les litiges nés entre un service public industriel et commercial et son directeur selon le principe posé par la jurisprudence Robert de Lafréyère⁶⁸⁵, sauf dispositions contraires édictées par une mesure législative⁶⁸⁶.

Ce principe général a bien évidemment été confirmé par la Jurisprudence en ce qui concerne les directeurs de régie de remontées mécaniques, qu'il s'agisse d'une régie autonome⁶⁸⁷ ou d'une régie personnalisée⁶⁸⁸ avec toutefois une exception à propos du licenciement du directeur de la régie des Orres⁶⁸⁹.

La justification de l'assujettissement à un statut de droit public du directeur d'un service public à caractère industriel et commercial, réside dans la volonté de réserver à la juridiction administrative la connaissance des « *contestations les plus susceptibles de mettre en cause l'intérêt général* »⁶⁹⁰; ce qui est le cas dans l'hypothèse d'un conflit individuel entre le directeur d'un service public et son employeur public.

Seul le directeur a la qualité d'agent public et non pas l'ensemble des cadres dirigeants. C'est pourquoi, dans l'hypothèse ou le directeur- suite à un changement d'affectation professionnelle - perd la qualité de dirigeant suprême de l'entreprise publique, il perd également la qualité d'agent public⁶⁹¹.

Aussi, sans doute par souci de simplification de la gestion des ressources humaines, certains dont Pierre Esplugas⁶⁹² sont favorables à ce que l'ensemble du personnel

⁶⁸⁵ CE 26 Janvier 1926 , réq n° 62529 , Lebon p 67

⁶⁸⁶ CE 22 Janvier 1954 , Winter , Lebon p 42,.

⁶⁸⁷ CE 28 Décembre 2001 ,Vidal, réq n° 236508 et 236423 , régie autonome des Angles.

⁶⁸⁸ CE 30 Septembre 1988 , régie personnalisée d'Orcières Merlette.

⁶⁸⁹ CC ,Ch soc, 28 juin 1990, Régie automone des remontées mécaniques des Orres, pourvoi N° 88-42621 : « *Attendu que ...M. Jullien a été engagé en qualité de **chef d'exploitation de la station des Orres** , ...qu'il a été licencié...en raison des incidents et des réactions particulièrement vives de la quasi totalité des employés à l'encontre de ses méthodes de commandements* ».

⁶⁹⁰ Chapus , Droit Administratif Général , 15^e édition , Tome 2 Rub n° 27-2 .

⁶⁹¹ Nnote sur jugement du T.A. de Poitiers du 5 février 2003. Req N° 01-2448 , Régie du port de plaisance de la Rochelle-les-Mines, in AJDA du 7/04/2003. p.681 : « *Si le directeur d'un établissement public à caractère industriel et commercial est un agent de droit public, le fait qu'un avenant à son contrat, fixant les modalités de son départ en retraite lui ait attribué d'autres fonctions, fait que son contrat relève ensuite du droit privé. Incompétence du juge administratif pour connaître du litige* ».

⁶⁹² in ouvrage précité , p24.

dirigeant soit soumis à un statut de droit public.

§2) La nature de l'emploi de Directeur de la Régie.

D'après le Ministère de la Fonction Publique ⁶⁹³, l'emploi du directeur d'une régie d'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial ne relève pas de la loi n° 84-53 du 26 Janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale .

Cette réponse ministérielle ne fait pas de distinction selon que le directeur est en fonction dans une régie personnalisée ou autonome. En outre, elle n'explique pas non plus les raisons excluant l'emploi de directeur de régie des dispositions de la loi statutaire du 26 janvier 1984.

Les justifications de la position du ministère résident sans doute dans la rédaction de l'article 2 de la loi dont le champ d'application s'applique aux seules personnes nommées dans « *un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative ...* ». En effet, l'emploi de directeur de régie ne relève pas d'un grade statutaire et constitue donc un emploi spécifique par rapport à la nomenclature des emplois statutaires types.

En outre, la Haute Assemblée a précisé que l'emploi de directeur d'une régie personnalisée ne peut pas être pourvu selon la procédure du recrutement direct ⁶⁹⁴ en application de l'article 47 de la loi du 26 Janvier 1984 relatif au recrutement dans la haute fonction publique territoriale , dans la mesure où une régie ne figure pas au nombre des établissements publics mentionnés sur la liste dressée par l'article 2 du décret d'application du 6 Mai 1988.

Cette jurisprudence dégagée pour une régie autonome semble également applicable pour une régie personnalisée.

Par ailleurs, comme sus-évoqué, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'emploi de directeur est obligatoire dans les régies personnalisées dans la mesure où « *le directeur assure , sous l'autorité et le contrôle du président du conseil d'administration, le fonctionnement de la régie* » ⁶⁹⁵ et en a déduit que le Conseil d'Administration ne pouvait pas supprimer ce poste même pour des raisons d'économie budgétaire en présence d'un déficit financier important ⁶⁹⁶. Cette analyse semble également transposable en cas de régie autonome puisque le directeur assure également le fonctionnement de la régie ⁶⁹⁷.

⁶⁹³ En ce sens réponse ministérielle du 4 Novembre 2002 , JOANQ p 4044.

⁶⁹⁴ CE 10 octobre 2001 , réq n° 221037 , régie autonome des Angles (publié au Lebon).

⁶⁹⁵ Art. R 3232.3 du code des communes. La rédaction est identique avec l'article R. 2221-28 du CGCT.

⁶⁹⁶ CAA Nancy , le 18 octobre 2001 , réq n° 96 NC 02419 , régie municipale des thermes de la commune de Luxeuil-les-Bains.

⁶⁹⁷ art R 2221-6 du CGCT.

§3) Les règles de nomination à l'emploi de Directeur de la Régie.

Il convient de distinguer :

- l'autorité habilitée à le nommer ;
- la position statutaire du directeur ainsi nommé ;
- la durée de sa nomination

3.1 – L'AUTORITÉ HABILITÉE À LE NOMMER

La nomination d'un directeur d'une régie - personnalisée ou autonome- est subordonnée au préalable à une procédure d'agrément par l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement sur proposition de son exécutif⁶⁹⁸.

C'est seulement après cette première phase de désignation que le directeur peut être nommé soit :

- par l'exécutif de la collectivité de rattachement pour une régie autonome⁶⁹⁹ ;
- ou par le président de la régie personnalisée⁷⁰⁰.

En ce qui concerne le Conseil d'Exploitation d'une Régie autonome, le code général des collectivités territoriales n'indique pas qu'il est obligatoire de le consulter préalablement à la nomination du directeur, alors que cette instance consultative doit être nécessairement consultée en cas de remplacement du directeur⁷⁰¹. C'est sans doute la raison pour laquelle, le statut type de la régie autonome élaboré par « le formulaire des Maires »⁷⁰², prévoit la consultation du conseil d'exploitation avant la nomination du directeur.

De même, le code général des collectivités territoriales n'impose pas formellement la consultation du Conseil d'Administration avant la nomination du directeur par son président. Toutefois, le Conseil d'Administration a une compétence de droit sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie⁷⁰³. Aussi, le statut type de la régie personnalisée proposé par le « formulaire des Maires », inclut la consultation du Conseil d'Administration avant la nomination du directeur.

3.2 – LA POSITION STATUTAIRE DU DIRECTEUR

⁶⁹⁸ art L 221-21 du CGCT. La position statutaire du directeur de la régie sera différente selon que ce dernier a ou non préalablement la qualité de fonctionnaire.

⁶⁹⁹ art 2221-21 du CGCT.

⁷⁰⁰ art 2221-21 du CGCT.

⁷⁰¹ art R 2221-68 du CGCT.

⁷⁰² Edition LITEC.

⁷⁰³ art R 2221-2 et R 2221-8 du CGCT.

A) La nomination d'un fonctionnaire en qualité de directeur d'une régie

Dans la mesure où une régie personnalisée constitue un établissement public à caractère industriel et commercial, le directeur ayant au préalable la qualité de fonctionnaire est normalement recruté selon la voie statutaire du détachement⁷⁰⁴. A ce titre, il peut provenir d'une autre Fonction Publique que celle Territoriale⁷⁰⁵.

Eventuellement, un fonctionnaire en disponibilité⁷⁰⁶ peut être recruté comme directeur de régie⁷⁰⁷ mais en ce cas, il est recruté sous contrat comme n'importe quel agent non titulaire de la fonction publique.

Par contre, du fait qu'une régie autonome ne constitue pas une personne juridique distincte de sa collectivité de rattachement, un fonctionnaire relevant de cette collectivité mère ne peut pas être détaché comme directeur. En effet, le détachement – de même que la disponibilité ou la mise à disposition⁷⁰⁸ – sont interdits au sein d'un service relevant de la même collectivité.

A l'inverse, un agent titulaire d'une autre fonction publique (de l'Etat ou Hospitalière), peut être recruté par la voie de détachement ou de la disponibilité comme directeur d'une régie autonome.

Cette différence de situation n'apparaît pas fondée en terme de gestion des ressources humaines et prive éventuellement la collectivité mère de pouvoir recruter librement son directeur parmi son personnel de direction.

Toutefois, par dérogation, l'article R 2221-75 du CGCT autorise le recrutement d'un directeur de régie autonome parmi les fonctionnaires de la collectivité de rattachement lorsque celle-ci est inférieure au seuil de 3500 habitants par la voie du détachement ou de la disponibilité ; ce qui correspond le plus souvent à la strate d'une commune de montagne support d'une station de ski mais pas forcément dans le cadre d'une structure

⁷⁰⁴ F.P.T LITEC ,op. cité, Fasc 460 : « *Le détachement est la position du fonctionnaire placée hors de son cadre d'emplois d'origine et continuant à bénéficier, dans ce cadre d'emplois, de ses droits à avancement et de ses droits de pension* ».

⁷⁰⁵ CAA Marseille, 29 juin 1999, réq n° 96MA01170, régie autonome de Montgenèvre.

⁷⁰⁶ F.P.T LITEC , Fasc 470 : « *La disponibilité est la position du fonctionnaire placé hors de sa collectivité ou de son établissement public, à sa demande ou d'office, qui cesse de bénéficier tant qu'il reste dans cette position de ses droits à l'avancement et à la retraite* ».

⁷⁰⁷ réponse ministérielle précitée du 4/11/2002. En effet, la disponibilité autorise des activités professionnelles privées et les entreprises publiques intervenant dans un secteur concurrentiel sont assimilées pour l'application de cette réglementation à des entreprises privées. Confère F.P.T LITEC. Fasc 470 , rub n° 24.

⁷⁰⁸ Extrait art 61 de la loi statutaire N° 84-53 du 26 janvier 1984 : « *La mise à disposition est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emplois, emploi ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante mais qui effectue son service dans une autre administration que la sienne...la mise à disposition n'est possible que s'il n'existe aucun emploi budgétaire correspondant à la fonction à remplir et permettant la nomination ou le détachement du fonctionnaire* ».

intercommunale ayant la compétence pour gérer un domaine skiable.

Pour mémoire, la nomination d'un fonctionnaire par la voie du détachement nécessite de consulter préalablement la commission administrative paritaire de la collectivité d'accueil⁷⁰⁹. Celle-ci doit également être consultée en cas de mise en disponibilité d'un fonctionnaire.

La durée de détachement d'un fonctionnaire est au plus égale à une période de cinq années, mais renouvelable indéfiniment si accord des collectivités de départ et d'accueil. Quant à la position de mise en disponibilité d'un fonctionnaire, sa durée est de 3 ans pouvant atteindre six années au total dans la carrière.

B) Le recrutement d'un contractuel comme directeur d'une régie

Le directeur n'ayant pas la qualité de fonctionnaire au préalable, se voit qualifier d'agent contractuel de droit public sous contrat⁷¹⁰.

3.3.- LA DURÉE DE LA NOMINATION EN QUALITÉ DE DIRECTEUR DE LA RÉGIE

Par un arrêt récent⁷¹¹, le Conseil d'Etat a fait application des dispositions de l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 modifiée, rendues applicables aux agents territoriaux par l'article 3 de la loi n° 84653 du 26 janvier 1984, en limitant à 3 ans la durée du contrat de recrutement d'un directeur de régie et autorisant uniquement une procédure de reconduction expresse.

La politique jurisprudentielle actuelle est donc de faire prévaloir les dispositions réglementaires relatives aux agents non titulaires de la Fonction Publique Territoriale, à l'égard des directeurs contractuels de régies locales.

Il y a cependant contradiction entre l'application par la jurisprudence de la loi du 26 janvier 1984 à un directeur de régie alors que d'après la position du Ministère, cet emploi ne relève précisément pas des dispositions particulières à la FPT résultant de la loi du 26 janvier 1984⁷¹², pour la raison exposée précédemment à savoir que l'emploi de directeur d'une régie ne constitue pas un grade statutaire.

D'un point de vue de gestion des ressources humaines, la différence de période de recrutement entre un fonctionnaire (5 ans par voie de détachement) et un agent non titulaire (3 ans) ne se justifie absolument pas quand bien même dans les deux situations, le renouvellement est toujours possible.

⁷⁰⁹ Art. 38 du décret N° 89-229 du 17/04/1989 et réponse ministérielle N° 18273, JOAN Q 29/01/1990 p.440.

⁷¹⁰ CAA Bordeaux, 4 juin 2002, req n° 98BX02009 et 98BX02010, régie personnalisée du Port d'Arcachon ou CE 28 Décembre 2001, req n° 236508 et n° 236423, régie autonome des Angles.

⁷¹¹ CE 28/12/2001, Req N° 236508/236423, Régie des Angles

⁷¹² réponse ministérielle précitée du 4 novembre 2002.

§4) Autres règles statutaires applicables au directeur.

A)AU REGARD DE LA RÉMUNÉRATION.

La rémunération du directeur d'une régie autonome est fixée par l'Assemblée délibérante de sa collectivité de rattachement sur proposition de son exécutif, et après avis du conseil d'exploitation⁷¹³.

Aucune disposition spécifique n'existe en ce qui concerne la rémunération du directeur d'une régie personnalisée. Il faut déduire de l'article R 2221-18 du C.G.C.T qui donne une compétence générale au Conseil d'Administration, que cette instance est effectivement compétente pour fixer la rémunération du directeur.

Dans la mesure où le détachement constitue la voie normale de nomination au poste de directeur d'une régie pour un fonctionnaire, il faut souligner qu'en ce cas l'article 6 du décret modifié n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, limite la rémunération globale perçue par le détaché à 15 % de celle afférente à l'emploi d'origine⁷¹⁴ et constitue ainsi un frein à une rémunération attractive⁷¹⁵.

Tout dépassement de ce seuil de rémunération est susceptible de susciter des observations des Chambres Régionales des Comptes⁷¹⁶ et la sanction potentielle est le recouvrement des sommes indûment perçues.

La rémunération d'un contractuel n'est pas formellement encadrée de ce point de vue mais elle doit néanmoins respecter le principe de parité entre la Fonction Publique de l'Etat et la Fonction Publique Territoriale⁷¹⁷.

Toute la difficulté consiste à comparer des emplois statutaires avec des postes relevant d'une logique du secteur privé. A défaut d'être capable d'offrir des conditions attractives de rémunération, la régie personnalisée ou autonome risque de ne pas être en mesure de recruter des candidats présentant les qualifications requises pour exercer un métiers très spécifique du moins en ce qui concerne le domaine des remontées

⁷¹³ art R 2221-73 du CGCT.

⁷¹⁴ LITEC FPT Fasc 460, rub n° 66.

⁷¹⁵ En sens contraire JC Douence, Encyclopédie Dalloz, Fasc 6220-1 « Les régies locales » rub N° 192. Dans son analyse, l'auteur a oublié la règle limitative des 15%.

⁷¹⁶ CRC Aquitaine 14/09/1998, EPSA – IZESTE : « *En outre, certaines de ces indemnités sont illégales s'agissant d'un fonctionnaire. Tel est le cas des indemnités de congés payés (décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985) et des indemnités compensatrices qui enfreignent la règle de limitation à 15% de la majoration de traitement d'un fonctionnaire en situation de détachement* ».

⁷¹⁷ CRC Rhône Alpes 10 juillet 2000, Cne de St Bon Courchevel : « *Il faut toutefois rappeler le principe selon lequel les collectivités locales ne peuvent attribuer aux agents publics non titulaires des rémunérations plus élevées que celles auxquelles peuvent prétendre les agents de l'Etat, à fonction et qualification équivalents -CE 28 Juillet 1995, Delisle* ».

mécaniques. Ainsi l'attrait du secteur privé, plus rémunérateur, risque d'être préjudiciable à l'économie publique.

Subsidiairement le rôle des directeurs de régie, ayant un intérêt financier objectif à être employés par une SEM locale du fait des avantages pécuniaires offerts par la convention collective⁷¹⁸, peut se révéler à terme être un facteur incitatif au passage d'une Régie à une SEM sans que ce mode d'exploitation représente forcément l'intérêt général pour la collectivité délégataire.

En effet, les « Managers » ont parfois une propension à gérer les entreprises en fonction de leurs intérêts particuliers comme l'a malheureusement mis en lumière des scandales financiers récents avec le lien établi entre la gestion de leurs « stocks options » et les manipulations des titres en bourse⁷¹⁹.

La rémunération pour un contractuel en principe peut être fixée par référence à la convention collective nationale des téléphoniques et engins de remontées mécaniques selon un arrêt de 1997⁷²⁰. Toutefois, en raison du mouvement jurisprudentiel en cours tendant à assimiler le directeur contractuel de régie à un simple agent non titulaire de droit public, on peut s'interroger sur la validité de cette jurisprudence.

En effet, les agents recrutés en application de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 doivent être rémunérés « sur la base de l'un des indices publiés dans la brochure 1014 du journal officiel Traitements, soldes et indemnités des fonctionnaires » comme le rappelle la circulaire du Ministère de l'Intérieur N° INT/B/01/00217/C du 23 juillet 2001.

De plus, les agents non titulaires ne peuvent pas bénéficier d'un système de carrière, exclusivement réservé aux fonctionnaires.

En fin d'activité, le fonctionnaire détaché ne bénéficie pas de prime de licenciement dans la mesure où il est réintégré dans son administration d'origine⁷²¹.

En ce qui concerne l'évaluation du préjudice subi par un directeur contractuel licencié avant terme, la juridiction administrative a admis dans les premiers temps que soient

⁷¹⁸ La différence de rémunération brute pour l'agent représente en moyenne un gain annuel de 30 500 Euros. confère comparaison de la rémunération perçue par le directeur sur le fondement de la convention collective et celle qu'autorise le statut de la Fonction Publique in CRC Aquitaine 14/09/1998 EPSA - IZESTE.

⁷¹⁹ J. Mistral contribution à l'ouvrage collectif op. cité : « Les normes comptables et le monde post-Eron », p13 : « *En fait, un autre changement, celui du mode de rémunération des dirigeants – plus systématiquement fondé sur l'octroi d'options, est apparu moins notoire sur le moment, mais il allait exercer des conséquences encore plus profondes, au moins quant au sujet qui retient ici notre attention. Le problème d'agence que l'on croyait avoir résolu en associant plus directement l'intérêt du management et celui de l'actionnaire allait en effet dans certains cas se retourner contre ce dernier (Hall et Murphy, 2002). Les gigantesques transferts de ressources que l'on a observé dans certains cas reflètent l'attrait personnel du management pour le parcours du titre et la manipulation du résultat. Le nouveau paradigme, supposé rendre le management plus responsable vis à vis du marché, risquait de se voir dévoyé (Arye et alii, 2002) ».*

⁷²⁰ CE 4 juillet 1997, réq n° 143630, régie municipale autonome touristique et sportive de Campan.

⁷²¹ CAA Marseille, 29 janvier 1999, réq n° 96 MA01170, régie autonome de Montgenèvre.

attribuées à l'intéressé des indemnités de préavis, de licenciement et compensatrice de congés payés conformément aux dispositions de la convention collective des remontées mécaniques⁷²².

Récemment, la Haute Assemblée a opéré un revirement de jurisprudence en affirmant que les dispositions du décret du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires sont d'ordre public pour écarter en conséquence une indemnisation du licenciement comportant des modalités différentes⁷²³; rejoignant ainsi la position du Ministère de la Fonction Publique selon laquelle les directeurs contractuels licenciés relèvent des règles d'indemnisation fixées après le décret n° 88-145 du 15 février 1988 concernant le licenciement des agents territoriaux non titulaires⁷²⁴.

Dans la mesure où la rémunération du directeur fait l'objet d'une délibération soit du conseil d'administration pour une régie personnalisée, soit de la l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement pour une régie autonome, celle-ci est donc soumise à publicité.

L'article L 225-102-1 du code du commerce issu de la loi NRE du 15 mai 2001, rend désormais obligatoire la publication sur la rémunération des dirigeants sociaux et donc également du directeur mais uniquement pour les entreprises cotées en bourse en raison des réticences des dirigeants des PME-PMI.

La transparence sur la rémunération du directeur de régie personnalisée ou autonome est donc plus étendue.

Du point de vue du management du directeur, le rapport « Clément » préconise de faire ressortir le lien entre performance et rémunérations en distinguant entre parts fixe et variable⁷²⁵. Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale permet d'assurer une flexibilité de la rémunération en fonction de la manière de servir de l'agent mais ce critère peut également s'apprécier sans doute pour un service industriel et commercial par les résultats d'exploitation.

B) AU REGARD DE LA CESSATION D'ACTIVITÉ

En ce qui concerne l'autorité compétente pour prononcer la cessation des fonctions du directeur, les règles sont identiques à celles de sa nomination sauf déchéance prononcée par le préfet pour violation des règles déontologiques.

Pour ce qui concerne plus précisément la procédure de licenciement en cas de cessation avant terme, le fonctionnaire détaché se voit appliquer les règles usuelles en

⁷²² CAA Bordeaux, 28 décembre 1994, réq n° 93BX00328, régie municipale touristique et sportive de Barèges.

⁷²³ CE 1^{er} octobre 2001, réq n° 221037, régie autonome des sports et des loisirs de la commune des Angles (publié au recueil Lebon).

⁷²⁴ Rép. min n° 27170, JOANQ, 1^{er} novembre 1999, p 6333.

⁷²⁵ A. Lienhard : « Rapport « Clément » sur la gouvernance des sociétés cotées », in ouvrage précité « Le droit des sociétés pour 2004 », p337.

cas d'interruption du fait de la collectivité d'accueil⁷²⁶ ; en conséquence la décision doit être :

- précédée de la communication du dossier de l'agent lorsqu'elle est prise en considération de la personne ;
- et être motivée.

Le cas échéant, ce licenciement peut s'accompagner d'une procédure disciplinaire de la part de la collectivité d'origine pour les faits commis pendant le détachement⁷²⁷.

Le directeur contractuel ne peut se prévaloir des règles de licenciement en vigueur dans une convention collective quand bien même l'acte le recrutant s'y réfère⁷²⁸ ; mais se voit appliquer par la jurisprudence administrative les règles en vigueur pour les agents non titulaires de droit public prévues par le décret n° 88-148 du 15 février 1988 et en particulier le respect des règles de la défense⁷²⁹. De plus, un contractuel de droit public relève toujours de la compétence de la juridiction administrative⁷³⁰.

§5) Perspective d'évolution de l'emploi de directeur de régie

Le flou juridique entourant la situation personnelle de directeur de régie n'est pas de nature à porter atteinte à son rôle de Manager d'entreprise publique largement assuré par les dispositions du décret du 23 février 2001.

Par contre, cette situation n'est pas de nature à faciliter son recrutement.

En particulier, l'encadrement indirect de la rémunération par la référence obligée aux dispositions en vigueur dans le cadre de la fonction publique territoriale, constitue un obstacle majeur dans une logique managériale.

Sans remettre en cause la qualité d'agent public du directeur de la régie, il conviendrait au contraire de préciser davantage son statut dans une optique de revalorisation professionnelle. A cet effet le décret n° 87-1101 du 30 décembre 1987 modifié portant dispositions statutaires particulières à certains emplois administratifs de direction des collectivités territoriales et des établissements publics locaux assimilés pourrait être complété par la mention de l'emploi de directeur de régie, à l'instar de ce qui a été fait pour l'emploi de directeur des caisses de crédit municipal. La loi du 26 janvier 1984 s'appliquerait en conséquence officiellement aux directeurs de régie.

⁷²⁶ Confère F.P.T Litec, Fasc 460, Rub N° 122 et s.

⁷²⁷ Confère F.P.T Litec, Fasc 460, Rub N° 101 et s.

⁷²⁸ C.E 17 /06/1992, Req. n° 112771, régie de l'abattoir municipal de Gramat.

⁷²⁹ CAA Marseille 30/06/1998 , req n° 97MA015554 Cne de Réallons c/ directeur de la régie autonome des remontées mécaniques.

⁷³⁰ T.C 29 juin 1987 , N° 02481 , Mlle Ficheux (publié au Lebon).

Toutefois, au lieu de définir une nouvelle grille indiciaire relative à ce nouvel emploi fonctionnel, il conviendrait simplement de faire référence à la rémunération et aux avantages en nature en vigueur dans la convention collective du secteur d'activité concerné en supprimant à cette occasion la limite salariale précitée de 15 % pour ces postes de direction ; laissant ainsi une grande souplesse d'adaptation aux collectivités locales et rejoignant de la sorte les préconisations contenues dans le rapport public 2003 du Conseil d'Etat sur la Fonction Publique incitant au développement dans l'avenir d'accords collectifs par secteurs d'activités⁷³¹.

En dehors de la rémunération, les autres dispositions applicables aux directeurs de régie personnalisée ou autonome continueraient de relever du statut de la fonction publique territoriale tant en matière de nomination que de cessation d'activité.

Sous-section II.2 : les autres agents de droit public.

§1) Le comptable

Il résulte des articles R 2221 - 30 et R 2221 - 76 du C.G.C.T, que le comptable de la régie peut être :

- **Soit un comptable direct du Trésor Public.** Pour une régie autonome, il s'agit obligatoirement du comptable de la commune alors que pour une régie personnalisée cette fonction peut être assurée par un autre receveur du Trésor Public ;
- **ou soit un agent comptable.** Toutefois, cette possibilité n'est ouverte pour les régies autonomes qu'à condition d'avoir des recettes annuelles d'exploitation supérieures à 75000 €.

Cet agent comptable spécial est dans tous les cas nommé par le Préfet, mais selon des modalités différentes suivantes :

- *pour une régie personnalisée* : sur proposition du Conseil d'Administration formulée après avis du Trésorier Payeur Général,
- *pour une régie autonome* : sur proposition de l'exécutif de la collectivité de rattachement, agissant en vertu d'une délibération de son assemblée délibérante prise après consultation du Conseil d'Exploitation et avis du Trésorier Payeur Général.

En application de la jurisprudence Jalenques de Labeau⁷³², l'agent comptable en chef de la comptabilité d'un service industriel et commercial, a la qualité de comptable public et donc d'agent public au même titre que le directeur de la régie⁷³³.

Cet agent comptable assure le fonctionnement des services de la comptabilité de la

⁷³¹ « Rapport 2003 du Conseil d'Etat sur la Fonction Publique : entretien avec M. Marcel Pochard », in la Gazette des C-D-R du 24/03/2003 p 24.

⁷³² C.E , sect., 8 mars 1957 , publié au Lebon.

régie personnalisée ou autonome et il est assujéti, sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, à l'ensemble des obligations incombant aux comptables publics. C'est pourquoi, il est soumis à la surveillance du Trésorier Payeur Général ou du Receveur des Finances, ainsi qu'au contrôle de l'Inspection Générale des Finances.

Dans le cadre d'une régie personnalisée, l'agent comptable peut, sous sa responsabilité, déléguer sa signature à un ou plusieurs agents qui constituent ses fondés de pouvoirs⁷³⁴. Cette disposition n'est pas prévue pour une régie autonome.

L'agent comptable est placé sous l'autorité du directeur de la régie, sauf pour les actes qu'il accomplit sous sa responsabilité propre en tant que comptable public⁷³⁵.

§2) Les agents employés par une régie directe des remontées mécaniques.

Comme démontré précédemment, de part la volonté du législateur sur le fondement de l'article 47 de la loi Montagne, les personnels des régies directes des remontées mécaniques relèvent d'un service administratif.

Suite à la jurisprudence Berkani⁷³⁶, il est établi que les personnels contractuels des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public quelque soit leur emploi. Depuis ce revirement jurisprudentiel, le Tribunal des Conflits⁷³⁷ a confirmé sa jurisprudence en affirmant qu'un employé d'entretien d'une régie sans personnalité morale, rattachée directement à une collectivité publique chargée de la gestion d'un service public administratif, a la qualité d'agent public.

Pour ce qui concerne la régie directe des remontées mécaniques, la qualification de service public administratif semble découler de la rédaction de l'article 47 de la loi Montagne ; ce qui est suffisant au regard de la jurisprudence actuelle pour conférer la

⁷³³ T.C 27 avril 1998, N° 03005, Légifrance : « *Considérant que le service géré par la régie autonome des sports et loisirs des Angles a le caractère d'un service public industriel et commercial ; que le litige qui l'oppose à M. Roger , qui n'exerçait en son sein ni les fonctions de directeur ni celles d'agent comptable , à la suite du licenciement de celui-ci relève de la compétences des juridictions de l'ordre judiciaire* » . De ce fait , l'arrêt suivant de la Cour de Cassation en statuant en cassation sur la situation individuelle d'un comptable d'une régie n'a pas respecté son champ de compétence : « *Attendu selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 24 février 1993) que M. Bouzon employé en qualité de **comptable de la Régie Municipale des Remontées Mécaniques de Serre-Chevalier** a refusé de poursuivre son contrat de travail...* » C.CASS, Ch. Soc, 13 juin 1996, N° 93-42665, Légifrance.

⁷³⁴ art R 2221-31 du CGCT.

⁷³⁵ JCA , fasc. 126 – 10 : « services publics communaux », Rub n° 57

⁷³⁶ T.C , 25 mars 1996 , n° 03000 , Préfet du Rhône/ Conseil des prud'hommes de Lyon –, publié au Lebon.

⁷³⁷ T.C 12 mai 1997 , n° 03065 , publié au Lebon : « *Considérant que l'Union des Marais de la Charente- Maritime, syndicat mixte formé par arrêté du ministre de l'Intérieur en date du 6 mars 1966, constitue un établissement public chargé de la gestion d'un service public administratif ; qu'il s'ensuit que le litige l'opposant à M. ARCHAMBAND, qui a été de 1973 à 1995 l'agent de la régie intersyndicale d'entretien des marais charentais, service sans personnalité morale dépendant de l'établissement public, relevé de la compétence de la juridiction administrative* » .

qualité d'agent public aux personnels employés quoique l'on puisse en penser ⁷³⁸ .

Cette qualification juridique de service public administratif a une incidence sur l'application de l'article L 122 -12 du code du travail en cas de reprise en régie directe de l'exploitation des remontées mécaniques consécutive à la fin d'une régie personnalisée ou autonome, ou à la cessation d'activité d'un délégataire.

Traditionnellement , la juridiction sociale considérait que l'article L 122 - 12 du code du travail, concernant la transmission du contrat de travail en cas de changement d'employeur, ne s'appliquait pas en cas de reprise par un service public administratif ⁷³⁹ .

Cependant, sous l'influence du droit communautaire ⁷⁴⁰ , la Cour de Cassation a récemment opéré un revirement jurisprudentiel en posant le principe de l'application de l'article L 122 -12 du code du travail aux services publics administratifs ⁷⁴¹ . La Cour de Cassation a d'ailleurs confirmé sa nouvelle politique jurisprudentielle à l'occasion de la reprise en régie directe par la commune de Théoule-sur-Mer d'un port de plaisance précédemment exploité par une SCI ⁷⁴² .

Dans une telle situation, la difficulté juridique réside dans le transfert de contrats privés de travail à durée indéterminée dans le cadre du statut de la Fonction Publique Territoriale, dont les dispositions n'autorisent que des contrats à durée limitée ⁷⁴³ sauf exception.

A titre exceptionnel, dans le cadre d'une politique de dissolution des associations parapubliques , l'article 63 de la loi N° 99-506 du 12 juillet 1999 relative à la coopération intercommunale ⁷⁴⁴ a prévu le transfert à la collectivité publique des contrats de travail des personnels précédemment employés par une association dissoute du fait de la reprise de ses activités par une collectivité locale. Cependant, le texte de loi faisait obligation de

⁷³⁸ M.C Rouault « Les critères du contrat d'engagement de personnel » in AJDA 2002 , p 348, commentaire : « *L'application de cette jurisprudence risque de se révéler encore plus choquante si l'établissement public employeur a été improprement qualifié d'administratif par le législateur, alors qu'il gère en réalité un service industriel et commercial* » . sous la jurisprudence du Tribunal des Conflits du 22 octobre 2001 , n° 3271 Affaire Cabanel.

⁷³⁹ En l'espèce par une régie communale de l'eau et de l'assainissement , C.CASS , ch soc , 10 juillet 1995 , n° 3217 D , AJDA 1996 p396 avec commentaire de Michel Bazex.

⁷⁴⁰ C.J.C.E 26 septembre 2000 , Mayeur c/Association pour la promotion de l'information messine , aff. C/74/99.

⁷⁴¹ C.CASS , soc , 25 juin 2002 , AGS de Paris et autre C/M Hamon et autres, n° 2127 in M.T.P du 6 septembre 2002 , p 73.

⁷⁴² C.CASS , soc , 14 janvier 2003 , Cne de Théoule-sur-Mer , arrêt n° 45 , note de M.C de Montclair in AJDA 27/01/2003 , p108 .
Commentaire critique de J. Martin : « A propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public » in AJDA du 21 avril 2003 , p 768.

⁷⁴³ En ce sens commentaire de la jurisprudence précitée par Serge Pugeault : « L'application de l'article L 122-12 du code du travail aux services publics administratifs » in AJDA 2002, p 695.

⁷⁴⁴ Désormais codifié à l'article L 1412-1 du CGCT

SECONDE PARTIE. LA REALISATION DU CHOIX – LE FONCTIONNEMENT DES REGIES DE REMONTEES MECANQUES

respecter les « *prescriptions légales et réglementaires applicables aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale* », ce qui revenait à proscrire les contrats à durée indéterminée.

C'est pourquoi, l'article 9 de la loi N° 2001-2 du 3 janvier 2001 a autorisé, à titre dérogatoire, la continuation des contrats de travail antérieurement à durée indéterminée pour cette catégorie de salariés.

En dehors de ce cadre juridique restreint, la doctrine et la jurisprudence n'ont vu, dans un premier temps, pour unique solution que le licenciement par le nouvel employeur public de ces agents de droit privé repris en régie à caractère administratif; et la juridiction compétente pour connaître d'éventuels litiges est le conseil de prud'hommes⁷⁴⁵

Il existe en conséquence un dilemme⁷⁴⁶ pour les salariés du secteur privé en cas de reprise d'activité par un service public administratif, consistant :

- *soit accepter un nouveau contrat public à durée déterminée*, ce qui inclut nécessairement une modification substantielle du contrat (durée, rémunération, avantage lié à une convention collective ou au contrat lui-même qui déroge aux dispositions du décret du 15 février 1988 sur les non titulaires) aboutissant à une situation précaire ;
- *ou soit demander à être licenciés* par la collectivité locale sur la base des dispositions de leur dernier contrat. En ce cas, le juge judiciaire demeure compétent

⁷⁴⁷ .

La juridiction administrative⁷⁴⁸ tente de répondre à cette problématique en faisant désormais peser sur le nouvel employeur public une obligation de reprise des agents contractuels, en l'assortissant d'une indemnisation du fait de la modification substantielle du contrat notamment au regard de sa durée. Cette alternative au licenciement immédiat n'est guère plus heureuse pour le salarié puisqu'à l'issue de son contrat de travail de droit public, il n'a pas plus la garantie de l'emploi. La seule solution consisterait à introduire une généralisation de la notion de contrat à durée indéterminée pour les services administratifs ce qui est d'ailleurs inévitable au regard des exigences du droit communautaire⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ T.C 15 mars 1999; Faulcoot C/ Cne de Châtellerault, in RFD A 1999, p.119, Le contentieux Territoriale.

⁷⁴⁶ En ce sens Karin Dewedde⁷⁴⁹ « Incertitudes juridiques sur le transfert des agents de droit privé vers une collectivité » in Gazette des C.D.R , 27 janvier 2003 , p 54.

⁷⁴⁷ TC 19 Janvier 2004, Mme Devun et autres c/ Cne de St Chamond, N° 3393, in AJDA 2004, p.119 . Le Tribunal des conflits juge que les dispositions de l'article L 122-12 : « *n'ont pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public ; que le juge judiciaire est, par suite, seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution de ce contrat de travail, qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public évoqué plus haut, que des rapports de droit privé* ».

⁷⁴⁸ T.A de Poitiers , 14 mai 2002, req N° 012891 , Mme Coindre , in AJDA du 26/05/2003 p 1024.

⁷⁴⁹ En ce sens, intervention de M.JP Delevoye ,Ministre de la Fonction Publique, des Réformes de l'Etat et de l'aménagement du territoire devant le CSFPT du 16 octobre 2002, in site informatique du syndicat SNSGDGCT.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Le fonctionnement de la régie des remontées mécaniques est tout à fait similaire à celui d'une société commerciale dans son organisation et sa gestion. La seule différence majeure réside dans son contrôle par différentes autorités publiques.

Or, une des problématiques majeures de la gestion déléguée est précisément l'exercice d'une surveillance publique efficace de sorte que l'exploitation du service soit effectuée dans la transparence notamment financière.

La régie qu'elle soit autonome ou personnalisée répond de ce point de vue aux attentes de la collectivité organisatrice du service des remontées mécaniques ; et de ce fait, il serait mal venu de lui reprocher les contrôles publics dont elle fait l'objet.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de cette recherche aux fins de thèse sur « *La Régie comme mode d'exploitation des remontées mécaniques* », il apparaît utile de clarifier les raisons de cette étude et l'objectif poursuivi avant d'exposer les difficultés rencontrées dans la recherche, les résultats du travail entrepris et les conclusions de notre thèse.

1. Les raisons et l'objectif de la thèse:

A titre personnel, en ma qualité de directeur général des services d'une Mairie, l'exploitation des services publics locaux d'une manière générale rejoint mes préoccupations professionnelles et plus particulièrement, l'exploitation des remontées mécaniques eu égard à mes fonction présentes et passées.

De plus le thème particulier de la « *régie comme mode d'exploitation des remontées mécaniques* » outre les raisons sus-évoquées, présente la particularité d'être un mode de gestion largement répandu en France dans ce secteur économique tout en étant en régression avec toutefois quelques réussites isolées (Courchevel SPTV, Les Saisies, Tourmalet, Montgenèvre, etc..). **Il convenait donc de comprendre ces disparités** qui ne manquent pas d'interroger un acteur de la gestion des remontées mécaniques.

Enfin, ce mode d'exploitation constitue une singularité au niveau des remontées mécaniques en Europe rendant son étude encore plus intéressante.

Dans ce contexte professionnel, l'objectif de la thèse est de démontrer que l'exploitation des remontées mécaniques selon la formule de la régie constitue un mode de gestion potentiellement aussi performant que celui de la gestion déléguée ; et donc une alternative économique viable.

Comme le faisait observer Jacques VIGUIER dans sa thèse de doctorat soutenu en 1989, les raisons du rejet du recours au mode d'exploitation le plus souvent mises en avant et les plus pertinentes ont trait à son **incapacité économique intrinsèque** à « *gérer les services d'une collectivité locale dans ces conditions identiques à celles en usage pour les entreprises* »⁷⁵⁰.

Mais cette analyse n'est plus exacte de nos jours principalement du fait de la refonte de l'organisation administrative de la régie découlant du décret du 23 février 2001, et subsidiairement des réformes à la fois de la comptabilité publique (M43 s'apparentant à la comptabilité commerciale) et du nouveau Code des marchés publics tendant à une simplification des procédures des achats publics .

C'est pourquoi la Seconde partie de notre thèse (La réalisation du choix de la régie) tend à démontrer, au travers de l'étude du Fonctionnement des régies de remontées mécaniques, l'incapacité économique de la « **régie nouvelle formule** » tant en terme de *gouvernance d'entreprise* (Titre I) que de *gestion d'entreprise* (Titre II).

C'est ainsi que , contrairement aux conclusions qui pouvaient être tenues dans le passé, l'étude du fonctionnement de la « *régie nouvelle formule* » conforte au second niveau « *les facteurs du choix du recours* » à ce mode d'exploitation (1^{ère} Partie) fondés essentiellement sur des raisons juridiques.

Certains trouveront sans doute que l'étude comparative de la délégation de service est trop critique . A ceux-ci , nous répondrons que la présente étude fait une distinction parmi les opérateurs privés intervenant dans la gestion déléguée des remontées mécaniques entre l'opérateur de 1^{er} rang c'est à dire la Compagnie des Alpes , et les opérateurs ordinaires (de 2^{ème} et 3^{ème} rangs).

L'opérateur de 1^{er} rang se distinguait à l'origine par une différenciation de mentalité qui trouvait son fondement dans son capital avec la présence majoritaire de la Caisse des Dépôts et Consignations⁷⁵¹ ; et se caractérisait par la prise en compte des intérêts nationaux et donc de l'intérêt général y compris avec sa déclinaison locale.

En effet, il s'agissait initialement du développement du tourisme français à l'échelle européenne et mondiale en réponse à une volonté politique de l'Etat à partir des années 60 et suivantes.

Il est à noter que notre thèse *ne contient aucune critique particulière* à l'égard de cet exploitant dont la qualité de gestion est largement reconnue mais fait au contraire ressortir son particularisme par rapport aux autres exploitants.

Elle prend seulement en compte l'évolution en cours de la Compagnie des Alpes du

⁷⁵⁰ « Les régies des collectivités locales », ECONOMICA 1992, p.239

⁷⁵¹ Cf p. 114

fait du retrait engagé de la Caisse des Dépôts et Consignations au profit des fonds de pensions .Cette transformation du capital porte en soit le germe d'un changement de mentalité dans la gestion déléguée comme le redoute les autorités organisatrices ⁷⁵² ; et les prive à terme de leur pouvoir politique indirect sur la Compagnie des Alpes par le biais de leurs interventions politiques au plus haut de l'Etat comme cela se pratiquait jusqu'à présent.

De plus, la jurisprudence administrative fragilise le pouvoir des autorités organisatrices en atténuant le concept de « l'intuitu personae » (*modification substantielle du capital, changement de cocontractant, procédure très encadrée de dévolution*) ⁷⁵³ ; et fait prévaloir l'intérêt économique éventuel du holding sur celui des filiales ⁷⁵⁴ .

La différence de mentalités dans la gestion entre l'opérateur de 1^{er} rang et ceux ordinaires apparaît dans l'expérience malheureuse de Flaine avant sa reprise par la Compagnie des Alpes ⁷⁵⁵ . En effet, les opérateurs ordinaires sont mus essentiellement par une vision commerciale étrangère à la notion d'intérêt général.

C'est d'ailleurs pour cela que le concept de SEML ⁷⁵⁶ a été inventé pour pallier à ce déficit d'intérêt général dans la gestion des services publics locaux ; mais avec des résultats mitigés En effet, le mode d'exploitation en SEM locale , comme formule intermédiaire entre régie et gestion déléguée, apparaît bien imparfait et « *marque le pas* » comme le constate J.C. Douence ⁷⁵⁷ .

C'est ainsi que le décret N° 2001-184 du 23 février 2001, relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public, est paru dans un contexte favorable au recours à ce mode d'exploitation et justifie en conséquence, qu'une recherche aux fins de thèse soit entreprise à ce sujet et plus particulièrement dans le secteur des remontées mécaniques qui nous préoccupe.

2. Les difficultés rencontrées dans la recherche:

Elles sont au nombre deux : l'une ayant trait à la collecte des informations et l'autre relative au régime juridique applicable aux différentes Régies des remontées mécaniques

⁷⁵² Cf p. 113

⁷⁵³ Cf p 110 et s

⁷⁵⁴ Cf p 112

⁷⁵⁵ Cf p 113

⁷⁵⁶ Société d'économie mixte locale

⁷⁵⁷ In « Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles », op. cité p126.

A) Difficultés ayant trait à la collecte d'informations

Nous avons pu constater une carence d'informations officielles, non pas sur l'exploitation des remontées mécaniques en France et sur leur poids économique (les études du SEATM, du STRMTG et du Ministère du Tourisme y pourvoient largement) , mais plutôt sur l'activité propre des régies d'une manière générale et en particulier pour la gestion des remontées mécaniques.

Par ailleurs, sollicitées par nos soins, les instances représentatives de la profession -soit le SNTF- ne semblent pas disposées d'informations particulières sur le rôle des régies au sein des autres modes d'exploitation des remontées mécaniques.

Fort heureusement, les excellentes études journalistiques de la revue « Aménagement § Montagne » (devenue récemment « Montagne Leaders ») suppléent pour partie à cette déficience d'informations. En sus, les lettres et rapports d'observations des Chambres Régionales des Comptes se sont révélés être une source utile d'information.

B) Les difficultés juridiques :

La première problématique juridique à résoudre fut celle du régime juridique applicable aux régies autonome et personnalisée des Remontées mécaniques . S'agit-il du Décret de droit commun aux services publics locaux soit N° 2001-184 du 23 Février 2001 ou existe-t-il au contraire un régime juridique particulier ?

La position du Ministère de l'Equipement et du Secrétariat d'Etat au Tourisme ⁷⁵⁸ se réfère au décret N° 80-851 du 29 Octobre 1980 d'application de la Loi sur les Transports Publics d'Intérêt Local du 19 juin 1979 (TIPL), pourtant abrogé par le décret N°85-851 du 16 août 1985 pris en application de la Loi d'Orientation des Transports Intérieurs du 30 décembre 1982 (LOTI) ⁷⁵⁹ . Pour notre part, le Décret de droit commun des régies locales du 23 Février 2001 constitue la référence réglementaire ⁷⁶⁰ .

La seconde problématique juridique rencontrée fut celle de la nature particulière des petites régies d'exploitation des remontées mécaniques, qui font l'objet d'une distinction par l'article 47 de la Loi Montagne du 9 janvier 1985 sous l'expression de « *régie directe* » par rapport au mode d'exploitation « *en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial* » ⁷⁶¹ .

⁷⁵⁸ In rapport public de la Cour des Comptes , année 2001, p 830.

⁷⁵⁹ Conf. P. 22 et s

⁷⁶⁰ Conf P.25 et s

⁷⁶¹ Conf P.37 et s.

De notre point de vue, la distinction opérée par le Législateur suffit à soustraire la « *régie directe* » du qualificatif de Service Public Industriel et Commercial pour la qualifier de Service Public Administratif, à l'instar de certaines petites régies du service public d'eau potable⁷⁶².

1. Les résultats du travail entrepris:

Les résultats du travail de recherche s'appréhendent à deux niveaux: d'un point de vue gestionnaire d'une part et d'autre part, sous un angle juridique et institutionnel.

A) Du point de vue gestionnaire

Les résultats de la recherche dans ce domaine nous semblent fondamentales pour expliquer à la fois le relatif insuccès présentement du mode d'exploitation en régie dans le secteur des remontées mécaniques par rapport à la gestion déléguée, mais également la potentialité de ce mode de gestion publique pour l'avenir.

En effet, l'étude comparative de la situation des domaines skiables des principaux pays de l'arc alpin (Suisse, Autriche et Italie) dont la gestion ignore le mode d'exploitation publique en régie mais qui connaissent également des difficultés structurelles, tend à mettre en évidence que le mode de gestion (qu'il soit public, mixte ou privé) n'est pas en soit un facteur déterminant pour la réussite économique mais plutôt la **taille de l'entité économique**⁷⁶³. Or, les régies françaises de remontées mécaniques gèrent le plus souvent, sauf exceptions, des petites stations n'atteignant pas ainsi la taille critique nécessaire à leur équilibre financier et à leur développement dans un secteur concurrentiel. Tel est le constat de la situation actuelle.

Par ailleurs, pour l'avenir, le statut des régies chargées de l'exploitation d'un service public industriel et commercial, rénové en droit interne par le décret N° 2001-184 du 23 février 2001, est **tout à fait comparable au droit des sociétés anonymes** et constitue donc potentiellement un facteur de développement de ce mode d'exploitation.

C'est ainsi que l'absence de capital n'est plus considéré en soi comme un facteur pénalisant depuis la Loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, qui autorise la création de société à responsabilité limitée à un Euro par la modification de l'article L 223-2 du code de commerce. Cette évolution du droit des sociétés commerciales met en évidence l'intérêt tout relatif du capital pour les sociétés non cotées sinon l'apport nécessaire au premier établissement et à la souscription d'emprunts⁷⁶⁴.

Or la régie, formule d'entreprise publique sans capital, offre de par ses statuts des garanties financières nécessaires dans ces deux domaines. L'absence de capital n'est donc pas pénalisante en soit pour le démarrage et le développement de son activité.

⁷⁶² Conf P.41 et s.

⁷⁶³ En particulier le rapport intitulé : « Les remontées mécaniques en Suisse, Quel Avenir ? » en date du 23 avril 2003.

⁷⁶⁴ In « Droit des sociétés pour 2004 », op. cité p 13.

Quant à la direction de la régie, la différenciation des fonctions entre Directeur de la Régie et Exécutif Local est comparable à l'incitation à la séparation des fonctions entre Directeur Général et Président de sociétés commerciales (au lieu du traditionnel PDG – art 118 de la Loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière)⁷⁶⁵. De même, la présence d'un Directeur salarié et non actionnaire est conforme aux évolutions du code du commerce (art . L 222-51-1 modifié par la Loi NRE du 15 Mai 2001).

Enfin, la composition des Conseils d'Exploitation et d'Administration des Régies par la présence de personnalités qualifiées rejoint les incitations du rapport Vienot N°2 relatives à l'introduction des administrateurs indépendants au sein des Conseils d'Administration des sociétés anonymes au titre des bonnes pratiques de gouvernance des entreprises. A cet égard, il convient de souligner le caractère extrêmement novateur des statuts des régies par rapport aux SEML et aux sociétés anonymes non cotées en bourse⁷⁶⁶.

B) Du point de vue juridique et institutionnel

D'une part, il ressort clairement de notre étude que le choix du mode de la régie comme mode d'exploitation (ou « *auto-production* ») , s'inscrit au cœur de la compétition actuelle que se livrent les secteurs publics et privés pour gérer les services publics locaux tant en France qu'en Europe ; d'où la raison des évolutions et hésitations du droit communautaire en la matière.

D'autre part , il y a lieu de relever les conséquences des facteurs institutionnels nationaux sur le développement des régies de remontées mécaniques.

A titre de facteurs défavorables, si la Loi Montagne N°85-30 du 9 Janvier 1985 a eu des effets positifs pour le développement et la protection des massifs montagneux, il est néanmoins possible de s'interroger si en faisant de la « *commune* » l'autorité organisatrice dans le secteur des remontées mécaniques au lieu et place du « *département* » , elle n'a pas eu pour conséquence inattendue de diminuer l'importance des régies de remontées mécaniques du fait de la réduction de la taille économique des autorités organisatrices.

A l'instar des SEM locales qui n'ont pas su créer des « *holdings* » pour la gestion des domaines skiables, les régies des remontées mécaniques souffrent des mêmes maux c'est à dire une exploitation sectorielle et une carence de fonctionnement en réseaux qui les cantonnent dans la sphère des PME-PMI.

Seule la régie de Courchevel s'est hissée au 1^{er} rang des stations françaises de ski, bien avant sa transformation récente en SEM, et ce précisément parce qu'il s'agissait d'une régie départementale .

C'est pourquoi, le mouvement vers l'intercommunalité, en créant de nouvelles entités économiques plus importantes, constitue un facteur favorable au renouveau du recours à la régie comme mode d'exploitation. A cet égard, il y a de constater une progression constante des syndicats intercommunaux dans la gestion des domaines skiables, soit

⁷⁶⁵ Conf. P. 193 et s

⁷⁶⁶ Conf. P. 198 et s

plus 30% d'une année sur l'autre ⁷⁶⁷ .

Pour l'instant ces nouvelles entités ont recours le plus souvent à la gestion déléguée mais néanmoins dotent les collectivités locales d'autorités organisatrices susceptibles d'atteindre le seuil économique suffisant pour envisager à nouveau une gestion de leurs domaines skiables en régie.

Ce mouvement actuel vers l'intercommunalité compense ainsi les conséquences inattendues et défavorables de la loi Montagne à l'égard du mode d'exploitation en Régie

Enfin, en droit interne, il apparaît sans ambiguïté que la situation statutaire personnelle du directeur de la régie est juridiquement instable du fait de l'absence de cadre d'emplois spécifique pour cet emploi ; et mériterait d'être confortée au moins par sa mention au sein des emplois administratifs de direction ⁷⁶⁸ , comme ce qui a été fait pour l'emploi de directeur des caisses de crédit municipal.

2. Les Conclusions de notre thèse:

A l'issue de cette recherche aux fins de thèse, il nous semble que la Régie constitue un mode d'exploitation particulièrement approprié pour la gestion des remontées mécaniques pour au moins 3 raisons .

Premièrement par sa capacité sans pareille à fédérer les acteurs socio-professionnels d'une station , au moyen de leur présence au sein du conseil d'Exploitation ou d'Administration de la Régie. Cela va bien au-delà de la notion de transparence de gestion avec la présence d'administrateurs indépendants ou de la prise en compte des usagers par leur participation au sein des comités consultatifs des services publics locaux.

Cette disposition à regrouper les différents partenaires d'une station semble être spécifique à l'exploitation des remontées mécaniques où à coté de l'opérateur des remontées mécaniques, et dehors de l'autorité organisatrice et des usagers, existent d'autres intervenants (tels que l'Office de Tourisme, les écoles de ski, les commerçants, les hébergeurs, les Tours opérateurs) . Cette situation ne se retrouve pas dans d'autres services publics locaux (eau § assainissement, ordures ménagères, ...).

Cette structure de concertation globale au niveau de la station n'existe pas institutionnellement dans les statuts des SEML ou des délégataires privés exploitant les remontées mécaniques.

Du fait de cette concertation organisée , la Régie des remontées mécaniques vise au développement d'un territoire, rejoignant la spécificité intrinsèque de l'entreprise publique comme moyen d'intervention au niveau macro-économique.

Deuxièmement la qualité de sa gestion privée avec un encadrement public permet

⁷⁶⁷ « Remontées Mécaniques : Les 100 premiers exploitants français – saison 2003/2004 » in Montagne Leaders , Octobre 2004, p.185 .

⁷⁶⁸ régies par le décret modifié N°87-1101 du 30 décembre 1987.

d'exploiter le service public des remontées mécaniques dans des conditions similaires à la gestion déléguée .

En effet, la comptabilité M43 se rapproche de la comptabilité commerciale. De plus, la présence d'un « *agent comptable spécial* » au sein de la Régie Personnalisée atténue le principe de la séparation de « *l'ordonnateur et du comptable* » dans ce qu'il peut avoir de rigide au quotidien.

L'autonomie de gestion nécessaire à une bonne gestion du domaine skiable ne fait pas obstacle au contrôle du comptable public et aux différents contrôles institutionnels (Préfet, Chambre Régionale des Comptes) assurant ainsi une gestion financière transparente pour la collectivité « Mère ».

Enfin, l'application du droit social à l'égard de ses salariés (à l'exception du Directeur et de l'agent comptable spécial – conf. P. 282 et s...) ⁷⁶⁹ et la prééminence du droit privé dans les relations commerciales avec les usagers (conf. P. 169) assurent des conditions de gestion se rapprochant de celles de l'entreprise privée.

Seuls les contrats d'affaires relèvent du droit public, avec les souplesses de procédures introduites par le nouveau code des marchés publics ⁷⁷⁰ (conf. P. 170).

Troisièmement son statut juridique est de nature à assurer la parfaite maîtrise de la collectivité de rattachement sur la régie du fait du pouvoir unilatéral de la collectivité locale de créer, modifier et supprimer la Régie ; et ce sans devoir indemniser celle-ci.

Le recours à la régie évite ainsi à la collectivité organisatrice les difficultés bien réelles d'une délégation de service public (procédure de passation, relations contractuelles durant la durée de contrat et à la fin du contrat).

La régie préserve pleinement l'intérêt de la collectivité organisatrice en assurant sa suprématie en toutes circonstances sur le service public ainsi exploité et son intervention dans l'exploitation d'un service public industriel et commercial participe à renforcer sa souveraineté locale.

Malgré ces facteurs favorables, il est néanmoins indéniable que la régie ne retrouvera sa vocation initiale de « *solution alternative à la gestion déléguée* » ⁷⁷¹ , qu'à condition de résoudre impérativement la problématique de la taille critique de l'autorité organisatrice du service public local. C'est seulement à cette exigence que le mode d'exploitation en régie pourra pleinement faire bénéficier aux collectivités locales de ses réels avantages tant en terme de statut juridique que de gestion.

Dans le domaine des remontées mécaniques, la solution tant sur le plan économique

⁷⁶⁹ Sans tenir compte de la situation personnelle des agents des régies directes qui relèvent du droit public si l'on admet qu'il s'agit d'un SPA

⁷⁷⁰ Décret N° 2004-15 du 7 janvier 2004 qui s'est substitué au décret N° 2001-210 du 7 mars 2001.

⁷⁷¹ J.C Douence in « Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles », op. cité p113 : « *Le décret- Loi du 28 décembre 1926 (complété par le décret du 17 février 1930) institue les régies municipales dotées de la seule autonomie financière et chargées d'exploiter un SPIC. Il s'agit bien d'ouvrir une alternative à la concession de service public* ».

que juridique passe au minimum par le regroupement intercommunal des stations et la mise en place d'une politique globale de commercialisation des domaines skiables exploités en régie par massif montagneux . Cette mesure pourra le cas échéant être adossée à la constitution de syndicats mixtes de gestion avec l'adhésion du département et voire même de la région.

BIBLIOGRAPHIE :

I- MANUELS, OUVRAGES , THESES ET BROCHURES

« Au delà de la conformité, la gouvernance », rapport novembre 2001, site Institut Canadien des Comptables Agréés (ICCA)

BARILARI André, « Les contrôles financiers, comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques », LGDJ 2003

BECET J.M,« information des habitants », Jurisclasseur Collectivités Territoriales, Fasc. N° 530

BIDART Marie-Thérèse et MORAUD Jean-Claude, « M14 : la comptabilité des communes », Berger-Levrault 6^{ème} édition

CHAPUS René, « Droit administratif général »,Tomes 1 et 2, Domat Montchrestien 15ème édition

CHEVALIER Jacques, « Science administrative », THEMIS PUF , 3^{ème} édition 2002

CHOMENTOWSKI Victor , « tarification des services public locaux », Jurisclasseur Collectivités Territoriales, Fasc. N° 2210

COLSON Jean-Philippe, « Droit public économique », LGDJ 2001

- COSSALTER Patrice et B. du MARAIS , « La Private Finance Initiative », institut de la gestion déléguée 2001
- CRUSIS H-M « budgets des collectivités territoriales », Jurisclasseur Collectivités Territoriales, Fasc. N° 139
- DELION Alain, « Le droit des entreprises et participations publiques », LGDJ 2003
- DOUENCE Jean-Claude, « les régies locales », Dalloz Collectivités Locales, Fasc. N° 62201
- DUFAU Jean , « services publics à caractère industriel et commercial », Jurisclasseur Administratif, Fasc. N° 150
- « Entre concurrence et intérêt général », associations IRIEC et TEPISA , PEDONE 1995
- ESPLUGAS Pierre, « Le service public » , Dalloz, 2^{ème} édition 2001
- FIALAIRE Jacques, « Le droit des services publics locaux », LGDJ 1998
- « Fonction Publique Territoriale », Fasc. N° 460 : « Positions-Détachement –Hors cadre », LITEC
- « Formulaires des Maires », index « REGIES » (modèles de statuts), LITEC
- GELBMANN-ZIV Béatrice, « Cadre juridique et institutionnel du transport de voyageurs », CELSE 2001
- GRANDGUILLOT Béatrice et Francis, « L'essentiel du droit des sociétés », GUALINO 3ème édition
- HUGO Jean, « remontées mécaniques – aménagement du domaine skiable », Jurisclasseur Construction-Urbanisme , Fasc. N° 11-80
- IMBERT Louis, « services publics communaux », Jurisclasseur Administratif, Fasc. N° 126-10
- KOUEVI Amavi Gustave, « Le droit des interventions économiques des collectivités locales », LGDJ 2003
- LACHAUME Jean-François, BOITEAU Claudie, PAULIAT Hélène, « Grands services publics », Armand Collin 2^{ème} édition
- LACHAUME Jean-François refondu par Pierre TIFINE, « régies » et « régies personnalisées », Jurisclasseur Collectivités Territoriales, Fasc. N° 740 et Fasc. N°742
- LACHAUME Jean-François refondu par Emmanuel AUBIN, « Contrôle administratif de légalité », Jurisclasseur Collectivités Territoriales, Fasc. N° 910
- Le Bras Jean-Louis, « Essai introductif à l'étude des espaces de loisirs », PARIS I , 1979
- « Le droit des sociétés pour 2004 », journées d'études DALLOZ
- « Le Secrétaire de Mairie », Fasc. N° 210-50 : « Jumelage et coopération internationale » , LITEC
- « Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'union européenne », DEXIA 2000
- « Les entreprises publiques locales en Europe », site FNSEM
- « Les normes comptables et le monde post-ENRON », Conseil d'Analyse Economique, rapports Jacques MISTRAL , Christian de BOISSIEU et Jean-Hervé LORENZI. La

- Documentation française 2003, site CAE
- MERLE Philippe, « droit commercial : sociétés commerciales », DALLOZ 9^{ème} édition
- « Place et rôle des régies communales et intercommunales – enquête auprès des collectivités locales », CETUR 1991
- « Pour un nouveau partenariat public-privé dans les infrastructures et équipements publics », association des entrepreneurs français internationaux, brochure novembre 2001, site SEFI
- « Quel avenir pour les entreprises publiques ? », rapport de l'A.N N° 2751, présenté par Gérard FUCHS , PUF 2001
- Rapport public CADA 1999, site CADA
- « Rapport VIENOT II », MEDEF
- « SEM : mode d'emploi », brochure online, site FNSEM
- « Services publics locaux : gestion directe ou déléguée », DEXIA 1996
- « Services publics industriels et commerciaux ; questions actuelles », sous la direction de Jean-Bernard AUBY et Stéphane BRACONNIER, LGDJ 2003
- TOUVET L., FERSTENBERT J., CORNET C. : « Les grands arrêts du droit de la décentralisation », Dalloz, 2^{ème} édition,
- VIGUIER Jacques, « Les régies des collectivités locales », ECONOMICA 1992
- VLES Vincent, « Service public touristique local et aménagement du territoire », L'Harmattan 2001

II- ARTICLES

- AMBLARD Etienne, « Associer les entreprises à la gestion des services publics locaux », cahier détaché de la Gazette des C-D-R. du 6 octobre 2003
- AVANZATA Thomas , "Analyse générale de la proposition de règlement communautaire sur les exigences de service public dans le secteur des transports", , site TUP
- BAZEX Michel, « Vers les nouveaux modèles normatifs pour le secteur public » AJDA 1990 p. 699
- BENOIT-ROLMER. Florence, "L'avenir des groupements d'intérêt public : invitation à une réforme législative », AJDA 1992 p.99
- BERTHELOT Olivier, « La Liberté du commerce et de l'industrie et transferts de compétences : socialisation de l'économie ou privatisation du service public », AJDA 14 Avril 2003 p.707.
- BERTUCCI Jean-Yves, « l'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public », AJDA 2001 p. 376.
- " Bilan des investissements dans les domaines skiables français en 2003", site SEATM

- BIZAGUET Armand, « les entreprises publiques et d'intérêt économique général dans l'union européenne », 12 Novembre 2001, site CEEP.
- BIZAGUET Armand, Communication du 25 Juin 2004 sur l'arrêt CJCE Decoster du 27 octobre 1993, site CEEP.
- BLACHER Philippe, « Le contrôle par le juge administratif de la tarification des services publics », Revue française de Finances Publiques N° 72 Novembre 2000, Banque et Fiscalité, LGDJ.
- BLONDIAU Pascale, « Intercommunales et Régies communales autonomes », Janvier 2000 sur site de l'Union des Villes et Communes de Wallonie uvcw.bc.
- BOITEAU Claudie, « La Société d'Economie Mixte locale, délégataire de service public », AJDA 2002 p. 1318.
- BROUSSOLLE Denis, « les privatisations locales », AJDA 1993 p. 323.
- BROUSSOLLE Denis, « La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative et le service public », AJDA 1994 p. 349.
- CABANES Arnaud et ROBBES Alexia, « La coopération décentralisée : comment s'extraire des contingences de l'intérêt public local ? », AJDA 31 Mars 2003 p. 593.
- CASSEN Bernard « Feu sur les entreprises publiques en Europe », le Monde Diplomatique, Novembre 2002.
- CHARBONNEAU Claudette , « Privatisation des services publics : plus d'efficacité ou moins de justice sociale », le Devoir : Samedi 11 et Dimanche 12 Octobre 2003. site . du Journal canadien le Devoir.
- CHAUVAUX Didier et GIRARDOT Thierry-Xavier : « Incidence de la Loi Sapin sur le champ d'application du Code des Marchés Publics » , , AJDA 1996 p. 729. Chronique de jurisprudence CE 15 avril 1996, req. N° 168325, Préfet PACA c/SILIM Environnement AJDA 1996 p. 806
- CHAULAIS M.P , « Les Sociétés d'Economie Mixte », le Courrier des Maires - Février 2001.p.36.
- CHEROT Jean-Yves et TREMEAU Jérôme, « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil constitutionnel », AJDA 2002 , Jurisprudence p.1059.
- CHORIN Jacky, « les Etablissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », AJDA 2000.p.382.
- COLLIN Pierre et GUYOMAR Mathias, « Les conditions relatives à la candidature d'un Etablissement Public administratif à un marché ou à une délégation de service public » AJDA 2000. p. 987.Chronique de Jurisprudence CE 8 novembre 2000, req. N° 222208, Sté Jean-Louis Bernard Consultants AJDA 2000. p. 1066
- Comité des Régions, avis sur la communication de la Commission Européenne sur les services d'intérêt général en Europe (2002/c19/04), JOCE du 22 Décembre 2002
- « Compagnie des Alpes : la privatisation en question – un seuil à ne pas franchir », Dauphiné Libéré page nationale 24 Avril 2003.
- « Consultation pré-budgétaire », 23 Septembre 2003, site du Syndicat Canadien de la Fonction Publique SCFP.CUPE

-
- « Conventions d'objectifs », la lettre du Cadre Territorial du 15 Septembre 2003 p.54
- CORNELOUP Victor, « le Juge administratif et le droit de la consommation », Gazette des C-D-R. du 14 Juillet 2003 p. 50.
- DEBENE Marc, « Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion », AJDA 1992 p. 243.
- DELION Alain, « Service Public et comptabilité publique », AJDA 1997 p. 69.
- DELACOUR Eric, « Les Collectivités Locales délégataires de service public », Gazette des C-D-R. du 5 janvier 1998 p.27
- DE LESTRANGE A.: « Private Finance Initiative : un modèle pour les partenariats public- privé », Gazette des C-D-R. du 17 mars 2003.p.22.
- DELEVOYE Jean-Paul, Ministre de la Fonction Publique, des réformes de l'Etat et de l'aménagement du territoire. Intervention du 16 octobre 2002 devant le CSFPT , site syndicat SNSGDGCT
- " Délégation de service public : quelle gouvernance pour les stations » , 3 Décembre 2002, archives AMSFSHE,
- « Des aides pour le tourisme en montagne » ,Aménagement et Montagne, Nov-Déc 1997, p.24
- DESTAL Frédéric, « Délégation de Service Public : la consécration législative inachevée », site . le juriste.com.
- DOHY Martine, « Les apports et les limites de la M14 à la lisibilité des comptes des délégataires », Gazette des C-D-R. du 8 Février 1999, p.44.
- DOUEDAR Karim, « Incertitudes juridiques sur le transfert des agents de droit privé vers une collectivité » Gazette des C-D-R. du 27 Janvier 2003. p. 54
- DOUENCE Jean-Claude. , « Commentaire du décret du 23 Février 2001 » AJDA 2001 p. 376
- DREYFUS Jean-David et DEGOFFE Michel , « transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité » AJDA 2001 p. 807
- DREYFUS Jean-David , « Le contrat de partenariat public-privé ne doit pas être banalisé », AJDA 2003.p.1353.
- DREYFUS Jean-David , « Contrats passés par les SEM, Loi Sapin et Loi Murcef », commentaire sous C.A.A. Lyon, 3 Avril 2003, Req N° 00 LYO 0295 , Société Lyon Parc Auto, AJDA 3 Novembre 2003 p. 1982.
- EMERY Cyrille , « L'intercommunalité des contrats entre personnes publiques », AJDA 2000 p. 592
- « Enquête sur 109 sociétés de remontées mécaniques soumise à l'analyse sur six années d'activités », Aménagement et Montagne, Mars – Avril 1999, p.20
- EPINAY Simon « Secteur des remontées mécaniques en Suisse » Réponse du Conseil Fédéral Suisse à un parlementaire, site Simon EPINAY, CH.
- « EPSA industrialise sa gestion » Aménagement et Montagne 2002. N° 170 p.40.
- « Europe et Services Publics », 20 Mars 2003, archives AMF
- FAURE Bertrand, « Le droit administratif des collectivités locales et la concurrence »

- AJDA 2001 p.136.
- FIORENTINO Christophe, « Remontées mécaniques, territoire et tarification du service public », RGCT, Mai-Juin 2001, p.5
- « Font Romeu et Pyrénées 2000 passent chez Altiservice », Aménagement et Montagne, Décembre 2002 – Janvier 2003.p.10.
- FRANKART Georges, « services publics locaux : le bilan des récentes évolutions », AJDA N° 11-1190 p. 758
- FRIMAT Isabelle, « Un manteau neuf pour les communes stations du Haut Rhin », Gazette des C-D-R. du 7 Avril 2003
- GIORDANO Michel et CHAULAIS M.P, « Choisir le mode de gestion d'un service public – services publics locaux », , cahier détaché de la Gazette des C-D-R. du 4 Avril 2002.
- GUGLIELMI Gilles J : « Contrats avec les usagers », AJDA 2001 P. 893
- GUILLAUME Gilbert., « Les vicissitudes du principe de l'unité budgétaire », AJDA 1990 p. 499.
- GUEZOU Olivier, «La légalité d'un acte administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} Décembre 1986 » commentaire sous l'Arrêt C.E. 3 Novembre 1997, Ste Milliau et Marais, AJDA 1998. p. 247.
- HERZOG Robert, « Le prix du service public », AJDA 1997 p. 55
- KACZMAREK Myriam, « Les collectivités locales et la gestion du domaine skiable », Gazette des C-D-R. du 9 Février 2004 p.60
- KLOPFER Michel, « PPP : une nouvelle source de financement déjà controversée », Gazette des C-D-R. du 1^{er} Décembre 2003 .p.43.
- « L'avenir des services publics en question », Gazette des C-D-R. du 14 Juillet 2003, p 37
- « La charte des services publics locaux », site de l'Institut de la Gestion déléguée – www.fondation.cgd.org.
- « La charte des services publics locaux », l'écho des cimes N° 1, Novembre – Décembre 2003, bulletin interne de l'ANMSM
- « La DGCCRF sur les traces des DSP de remontées mécaniques », site . Achat public.
- « La notation des collectivités locales : mode d'emploi ». Fiches financières de la Lette du Cadre Territorial.
- LAGET Stéphane, « Les pouvoirs du juge national et les aides non notifiées à la commission », AJDA 16 Février 2004, p. 298.
- LAMARQUE Danièle , « Colloque Institut de la gestion déléguée – 10^{ème} Anniversaire de la Loi Sapin », cahier détaché de la Gazette des C-D-R. du 30 Juin 2003.
- LAMARQUE Danièle et MILLER Gilles, « L'évaluation par les Chambres Régionales des Comptes du contrôle interne dans les procédures d'achat des collectivités locales », AJDA 2000. p.1018.
- LAMARQUE Danièle et MILLER Gilles, « La Loi du 21 Décembre 2001 relative aux Chambres Régionales des Comptes et à la Cour des Comptes et ses textes d'application : missions, compétences , procédures », AJDA 2002, Chroniques p.

740.

- LAMARQUE Danièle et MILLER Gilles, « les Chambres Régionales des Comptes et la fiabilité des comptes locaux », AJDA 2003 p.1708.
- LARIDAN Sylvie, « La cessation des contrats de délégation de service public », Gazette des C-D-R. du 24 Janvier 2000. p.39.
- « Le développement touristique passe t-il par l'intercommunalité », Gazette des C-D-R. du 14 Avril 2003 p. 38
- Le GALL Jean-Pierre, « La fiscalité du financement privé des équipements collectifs », AJDA 1990 p3.
- « Les Services Publics plus efficaces grâce au partenariat Public-Privé », Notes économiques de l'Institut Economique de Montréal, site de l'Institut Economique de Montréal.
- «Les services publics locaux sont gérés majoritairement par les structures intercommunales » AJDA 12 Avril 2004.p. 745.
- « Les Remontées Mécaniques en Suisse, quel avenir » rapport du 23 Avril 2003, site SEILBAHNERN SCHWIEZ.org
- LEVEQUE F., « Concepts économiques et conceptions juridiques de notion de service public », année 2000, site CERNA
- « L'intercommunalité affecte également le domaine du tourisme », bulletin des élus locaux N° 186, Avril 2003
- LIMOUZIN-LAMOTHE Philippe, « La pratique de la délégation de service public », AJDA 1996 p. 572.
- "Livre vert sur les services d'intérêt général, observations et propositions de la F.N.C.C.", site de la FNCCR
- "Livre vert sur les services d'intérêt général", Rapport parlementaire du 9 Juillet 2003, cahier détaché de la Gazette des C-D-R. du 8 Septembre 2003.
- « Lorraine et Alsace : les Pionniers de la coopération transfrontalière », Gazette des C-D-R. du 20 Janvier 2003 p. 43.
- LUCIEN Pierre, « Partenariat Public - Privé, pour une meilleure performance de l'Etat au Québec », Colloque 24 octobre 2002 de l'Université du Québec, site CEFRIO.
- MARTIN Julien, « A propos du maintien des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public », AJDA 27 Janvier 2003 p.108.
- MARTINEAU Marie-Christèle, « un rapport plaide pour le développement des zones de montagne », Gazette des C-D-R. du 28 Juillet 2003, p.14
- MAUGÜE Catherine et TOUVET Laurent, « Conditions de l'application du Code du Travail aux entreprises nationales et aux établissements publics dotés d'un statut réglementaire », AJDA 1993 p.682.
- MELLERAY Fabrice : «Le marché d'entreprise des travaux publics, un nouveau lazare juridique » AJDA 2003.p.1260.
- MOREAU David, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », AJDA 2003.p.1418.
- MULLER P.D., « Jusqu'à maintenant le Québec n'a presque as fait appel au partenariat

- public-privé », journal canadien «la Presse » du mardi 16 Septembre 2003
- NEVEU Philippe, « Fonds de commerce et domanialité », *Tourisme et Droit* N° 53, Décembre 2003 p.6
- NICINSKI Sophie., « L'évolution du droit de la Concurrence », *AJDA* 12 Avril 2004 p. 751.
- « Orcières Merlette : une nouvelle ère, avec Rémy Loisirs », *Revue TPBM*, du 29 octobre 2003.
- PALMIER Sébastien, « Violations des dispositions du Code du commerce et illégalité de la procédure de passation d'un marché public », *AJDA* 2003. p. 738.
- « Parc Français des remontées mécaniques », Site SNTF
- PEYRICAL Jean-Marc, « Les contrats de prestation entre Collectivités Publiques : réflexions et interrogations », *AJDA* 2000 p. 581.
- PUGEAULT Serge, « L'application de l'article L. 122-12 du Code du Travail aux services publics administratifs », *AJDA* 2002 p. 693.
- RAYMONDIE Olivier, « Une Régie intéressée peut être qualifiée de marché public », *AJDA* 2002 p. 338
- « Rapport 2003 du Conseil d'Etat sur la Fonction Publique : entretien avec M. Marcel POCARD », *Gazette des C-D-R.* du 24 Mars 2003 p. 24.
- « Rapport sur l'avenir de la Montagne », *Journal du Sénat*, Avril 2003
- « Remontées Mécaniques concentration soutenue », *Aménagement et Montagne* Mars-Avril 2000 p. 28.
- « Remontées mécaniques. : 100 exploitants passés au crible », *Aménagement et Montagne*, Mai – Juin 2002 p.30
- « Remontées Mécaniques : 100 exploitants à la loupe » *Aménagement et Montagne* Juillet – Août 2003, p.20
- RICHER Laurent « Marchés publics et conventions de Délégation de Service Public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat » *AJDA* 2000 p. 758
- RICHER Laurent, JEANNENEY Pierre-Alain et CHARBIT Nicolas, « Etudes d'actualités du droit de la concurrence et de la régulation » *AJDA* 19 janvier 2004 p.73.
- RIBOT Catherine et VIDELIN Jean-Christophe: « Les modes de gestion publique du service public culturel », *AJDA* 2000 p.136.
- RITLENG Dominique, « Financement du service public et aides d'état », *AJDA* 2004, p. 1016.
- RODRIGUES Stéphane, « les subventions aux entreprises de service public ne sont plus nécessairement des aides d'Etat », *AJDA* 29 Septembre 2003, p. 1739 . Note sous CJCE 24 juillet 2003, affaire C 280/00 Altmark Magdeburg Trans , *AJDA* 2003 p 2146
- ROLIN Frédéric, «La réforme du contrôle de légalité : un projet qui manque d'ambition », *AJDA* 2003.p.2169.
- ROUAULT Marie-Christine, « Les critères du contrat d'engagement de personnel » *AJDA* 2002 p. 438, commentaire sous l'arrêt T.C. 22 Octobre 2001, N°. 3271, affaire

Cabanel .

SAGALOVITSCH Eric, « Marchés, délégations et changement de cocontractant » , Gazette des C-D-R. du 16 Avril 2001.

« Saint Chaffrey prend ses précautions » , Dauphiné Libéré, édition des Hautes Alpes du 19 Juillet 2003

« Services Publics : un rôle pour l'Europe, une voie de convergence » , 18 octobre 2002, A.M.F.

SEVRINO Aldo et GAUTHIER Alexandre, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ; le cas de la Régie intéressée » , AJDA 2003.p.828.

SCHMITT P., « Intercommunalité : une nouvelle donne pour organiser les transferts » , le Courrier des Maires Mai 2002.

« Stations d'Auron et Saint Dalmas le Selvage » , France Tourisme n° 79, Décembre 2003

SYMCHOWIEZ Nil, « Contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions » AJDA 2000 p. 104.

« Tarification des remontées mécaniques françaises » , statistiques 2001-2002, site SNTF

THIEFFRY Patrick, « Contrôle des compensations de services publics : les propositions de la commission européenne » , AJDA 2004 p. 1021.

TREPPOZ. Armelle, « Délégation de service public » ,AJDA 2001 p. 662

« Un hiver suisse à deux vitesses Managers et administration au défi » , Revue Aménagement et Montagne Mai 2003, p. 28-29

« Une structure officieuse innovante » , Aménagement et Montagne : Février – Mars 2003

p. 35

VERDIER Axelle, « 5^{ème} conférence européenne des entreprises publiques locales » , 29 Octobre 2002, site CEEP

« Valais : 50 communes prélèvent une TPT » , Aménagement et Montagne Mai 2003 p 63.

VERITE Hugues, « Droit français et européen des services publics. Services d'intérêt économique général entre concurrence et cohésion sociale » , MTP du 12 Septembre 2003 p 74.

ZAMBELETTI G., « Juridique : les contrats globaux de construction en Europe » , MTP du 18 Avril 1997 p. 98.

ZULBERTY M., « Quel cadre juridique, technique et économique pour les futurs partenariats public-privé » MTP du 14 Novembre 2003.p. 109.

III- PUBLICATIONS DE L'ADMINISTRATION

- « Bilan de la saison 2001/2002 des sports d'hiver », SEATM
- Bulletin N° 13 du Trésor Public du 4 décembre 2003, site MINEFI
- « Cadre juridique des arrêtés de police municipale concernant les sports d'hiver », guide méthodologique du CSSM octobre 1999
- Circulaire du Ministre de l'Intérieur du 4 décembre 1990 relative au remboursement des frais de secours pour le ski alpin et le ski de fond
- Circulaire du ministère de l'Intérieur N° NOR INTB100084C du 5 mars 2001 d'application du décret N° 2001-184 du 23 février 2001, relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public et modifiant la partie réglementaire de CGCT
- « Collectivités publiques et concurrence », rapport public du Conseil d'Etat 2002, la Documentation Française mars 2002
- Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire en date du 12 avril 2000
- Communication de la Commission Européenne C 2002/C172/02 sur le secteur des transports par câbles (JOCE 18/7/2002)
- « Enquête sur l'évolution des prix de l'eau 1995/2000 », Ministère de l'Economie, DGCCRF 21 novembre 2001
- « Enquête sur le renouvellement des délégations de service public dans le secteur des remontées mécaniques, période 2000-2001 », site DGCCRF
- Guide de la TVA , site MINEFI
- Instruction budgétaire du 19 juillet 1989 , relative à la comptabilité M14- Annexe 14 reprenant la circulaire du ministère de l'Intérieur du 7 juin 1989
- Instruction du 8 août 2001 pour l'application du CMP (JO 8/9/2001)
- Instruction budgétaire M4 du 27 août 2002
- « La défense et la promotion du service public dans l'union européenne : une impérieuse nécessité », rapport d'information de l'Assemblée Nationale N2751/2000
- « La maîtrise des services publics en urbains organisés en réseaux », avis du Conseil Economique et Social du 24 avril 2001, cahier détaché MTP 11 octobre 2002
- « La montagne, une loi , une politique », DATAR 1985
- Lettre de M. le Trésorier Payeur Général de la Savoie du 4 février 1991, adressée à la régie mécanique des remontées mécaniques de Ste Foy en Tarentaise
- Lettre du contrôle de légalité de la Sous-Préfecture de Cholet en date du 9 décembre 2002, à la régie personnalisée de transport urbain dénommée : « Transports Public Choletais »
- Lettre du ministère de l'Economie , des Finances et de l'Industrie du 30 juin 2003 adressée à l'association nationale des Maires des Stations de Montagne, sources ANMSM
- « Les exigences du service public et la conclusion de contrat de service public dans les transports de voyageurs », projet de règlement C 151 E de la Commission Européenne (JOCE 25 /06/2002, p.146)

- « L'investissement public en France », Conseil Economique et Social, rapport 2003
- « Livre vert sur les services d'intérêt général » de la Commission Européenne mai 2003 et « Rapport d'information sur le livre vert sur les services d'intérêt général » de l'Assemblée Nationale juillet 2003 , cahier détaché de la Gazette des C-D-R du 8 septembre 2003.
- Rapport public du Conseil d'Etat 1993 traitant du METP, la Documentation Française 1994
- Rapport public de la Cour des Comptes 1997 sur les services publics d'eau et d'assainissement, site Cour des Comptes
- Rapport public du Conseil National de la Concurrence 1999
- Rapport public de la Cour des Comptes 2002, supplément de la Gazette des C-D-R 2004 p 215.
- Rep. Minist. N°27170, JOAN Q 1^{er} novembre 1999 p. 6333 ,(*application aux directeurs des régies des dispositions du décret N°88-145 du 15 février 1988 en matière de licenciement des agents territoriaux non titulaires : procédure et indemnité*)
- Rep. Minist. N°36382, JOAN Q 31 juillet 2000 p. 4550, (*les fonctionnaires affectées à une régie conservent leur statut*)
- Rep. Minist. JOAN Q 4 novembre 2002 p.4044, AJDA 2002 p.1209 (*emploi public d'un directeur d'une régie gérant un SPIC ne relève pas de loi statutaire du 26 janvier 1984 applicable à la Fonction Publique Territoriale*)
- Rep. Minist. JOAN Q 13 janvier 2003 p 206 et p 407, AJDA 2003 p113, (*composition du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation d'une régie*)
- Rep. Minist. JOAN Q 13 janvier 2003 p 217 , (*représentation en justice d'une régie personnalisée*)
- « Situation des stations de sports d'hiver en Provence-Alpes-Côte d'Azur », rapport de la Cour des Comptes 2001 p.830

IV- PRINCIPALES JURISPRUDENCES

Concernant :

- les régies
- ou la gestion des stations de sports d'hiver

A) Jurisprudence du Tribunal des Conflits

- 1976

TC 12 AVRIL 1976 , N° 02025, syndicats CFDT et F.O. de l'établissement de Pessac

des Monnaies et Médailles, Rec p.699 (une régie autonome ne figure pas parmi les entités juridiques soumises aux dispositions de l' article L 431-1 du code du travail relatif au comité d'entreprise)

- 1990

TC 29 octobre 1990, Moyal, req N° 2625, RDP 1991 p 1152.5 (qualification de SPIC de l'activité de remontées mécaniques gérée en régie directe ; litige antérieur à la parution de la loi Montagne)

- 1998

TC 27 avril 1998, N° 03005, Régie autonome des sports et loisirs des Angles (compétence de droit commun du juge social pour les litiges de travail des employés d'une régie de R.M)

- 1999

TC 15 mars 1999, Faucon c/Cne de Châtelleraut, RFDA 1999 p.1110, commentaire de Terneyre (compétence du juge judiciaire pour se prononcer sur le licenciement d'un directeur d'un SPIC (abattoir) lors de la reprise en régie par une commune, du fait qu'il ne s'est pas encore trouvé sous un régime de droit public)

- 2004

TC 19 janvier 2004, Mme Devun et autres c/Cne de St Chamond, N° 3393 , AJDA 2004 p. 119, (les rapports entre les salariés d'un service public à caractère administratif repris en régie par une commune, en application de l'article L 122-12 du code du travail , relèvent dans un 1^{er} temps du juge judiciaire jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public)

B) Jurisprudence Judiciaire

- 1991

CC 26 novembre 1991, pourvoi N° 88-44082, régie autonome des remontées mécaniques de Montgenèvre, Légifrance (*application de la convention collective à un conflit de travail avec un employé d'une régie des R.M*)

- 1995

CC ,ch soc, 10 juillet 1995, N° 2171D, AJDA p. 396 (avec commentaire de M. Bazex à propos de la non application de l'art. L 122-22 du code du travail en cas de reprise en régie par une commune, d'un service public à caractère administratif)

· 1996

CC ,ch soc, 13 juin 1996, N° 93-42665, M. Bouzon c/ Régie municipale des remontées mécaniques de Serre Chevallier, Légifrance (*le juge social tranche un litige du travail entre une régie de R.M et son comptable*)

· 2000

CC ,ch soc, 9 février 2000, pourvoi N° 98-40043, Cne de Ste Foy en Tarentaise, Légifrance (*détermination du caractère de régie directe ou autonome d'une régie de R.M*)

· 2002

CC, 15 octobre 2002, pourvoi N° 01-88275, Cne de Val d'Isère, Légifrance (les usagers d'un domaine skiable se trouvent dans une relation de droit privé à l'égard d'une régie des pistes)

· 2003

CC ,ch soc, 14 janvier 2003, Cne de Théoule sur Mer, N°454, AJDA 27 janvier 2003 p.108. Note de M.C de Monclair.(confirmation de l'application de l'art. L 122-12 du code du travail, suite à la reprise en régie par une commune d'un service public à caractère administratif)

CA Grenoble 17 février 2003, RG N° 99-01673, SEM SEDEV Vars (Tarification R.M)

C) Jurisprudence Administrative

· 1987

CE 6 octobre 1987, Fossard c/Cne d'Albierre-Bredons , req. N° 53533 et 708882 (action directe de la victime contre la commune et appel en garantie de celle-ci contre la régie des R.M)

· 1988

CE 30 septembre 1988, Cne d'Orcières Merlettes, req N° 71577, Légifrance, (*illégalité*

par la voie d'exception de la délibération prononçant la suppression d'une régie de remontées mécaniques sous la loi LOTI / évaluation de l'indemnité de licenciement sur la base de la convention collective).

· 1989

CAA 21 mars 1989, Cne de Laveissière, req N° 00316, Légifrance (*action en responsabilité contre la régie départementale des R.M. du Lioran*)

· 1991

CAA Lyon, 9 avril 1991, STMMB /Cne de St Gervais Les Bains, req. N° 89-LY01122 et 89-LY01123, AJDA 1991 p.570. Note DEVES Claude , « Conditions dans lesquelles une autorité concédante peut résilier unilatéralement un contrat de concession d'un réseau de remontées mécaniques » AJDA 1991 p. 570

· 1994

CAA Bordeaux 28 décembre 1994, régie municipale touristique et sportive de Barèges, req. N° 93 BX 00328 (*un directeur contractuel d'une régie de R.M licencié avant terme, bénéficie des indemnités prévues dans la convention collective*)

· 1996

CE 31 juillet 1996, STMMB /Cne de St Gervais Les Bains, N° 126594, AJDA 1996 p. 788. Conclusions JM Delarue, JCP 1997 N°22790. Note J.P. GILI : « Résiliation unilatérale d'une concession administrative pour un motif d'intérêt général : modification du capital social du concessionnaire et garantie financière » AJDA 1996 p. 788.

· 1997

CE 9 juillet 1997, régie municipale autonome touristique et sportive de Campan , req. N° 14630 (*la rémunération d'un directeur contractuel de régie de R.M peut être fixée par référence à la convention collective*).

· 1998

CAA Lyon 19 mars 1998, Pralognan la Vanoise, req. 96 Lyo2557, publié au Lebon et Légifrance (*la signature d'un contrat de gestion du domaine skiable doit intervenir après que la délibération autorisant le maire soit devenue exécutoire*)

CAA Marseille 18 juin 1988, Syndicat Mixte d'Allos, req N° 97 MA00677, publié au

Lebon et Légifrance (*l'absence de publication d'un avis d'attribution d'une DSP pour la gestion d'un domaine skiable, empêche de faire courir le délai de recours*)

CAA Marseille 18 juin 1988, Régie autonome de Réallons, req. N° 97MA015554 (*les règles de licenciement d'un directeur de régie de R.M ne relèvent des dispositions de la convention collective quand bien même l'acte le recrutant s'y réfère ; mais du décret du 15 février 1988 applicable aux agents non titulaire de la F.P.T).*)

· 1999

CAA Marseille 21 janvier 1999, régie autonome de Montgenèvre, req. N° 96 MA01170 (*en fin d'activité sur l'emploi de directeur d'une régie de R.M, le fonctionnaire détaché ne bénéficie pas de prime de licenciement dans la mesure où il est réintégré dans son administration d'origine)*)

CAA Marseille 29 juin 1999, régie autonome de Montgenèvre, req. N° 96MA01170 (*le poste de directeur d'une régie de R.M peut être pourvu par le détachement d'un fonctionnaire non territorial)*)

· 2000

TA clermont-Ferrand, 26 janvier 2000, req N°99370, (*une régie autonome ne figure pas parmi les entités juridiques soumises aux dispositions des articles L 412-1 et L 431-1 du code du travail*)

CAA Lyon, 13 avril 2000, req. N° 96LY02472, Cne de St Sorlin d'Arves, conclusions F. Bourrachot, AJDA 2000 p.849 (*Tarifification des R.M*)

· 2001

CAA Bordeaux, 31 mai 2001, Département des Landes, req. N° 97BX00803, AJDA 2001 p.957 (*illégalité d'une majoration de subvention en faveur des régies d'exploitation des services d'eau et d'assainissement*)

CAA Nancy, 18 octobre 2001, régie municipale d'exploitation des Thermes de Luxueil-les-Bains, req N°96NC02419 (*illégalité de la suppression du poste d'une régie personnalisée, même pour des motifs économiques, en raison du caractère obligatoire de l'emploi*)

CE 10 OCTOBRE 2001 régie autonome des Angles, Req. N°221037 (*l'emploi de directeur d'une régie personnalisée ne peut être pourvu selon la procédure du recrutement direct prévu par l'art. 47 de la loi statutaire du 26 janvier 1984/ les règles d'indemnisation en cas de licenciement sont celles du droit public applicable aux agents non titulaires*)

CE 28 décembre 2001, régie autonome des Angles, Req. N° 236508 et 2364243 (*le directeur d'une régie autonome de R.M relève d'un emploi public*)

· 2002

TA Poitiers 14 mai 2002, Mme Coindre, req. N° 012891, AJDA 2003 p.1024 et p.1280 (*la commune qui reprend en régie un service public à caractère administratif doit maintenir l'emploi des salariés, mais leur proposer un contrat de droit public*)

CAA Bordeaux 4 juin 2002, régie personnalisée du Port d'Arcachon, req. N° 98BX 02009 et N° 98BX 02010 (*le directeur d'une régie relève d'un emploi public*)

TA. Grenoble , avis du 22 novembre 2002, Préfet de la Savoie / Cne de Val d'Isère (*caractère de SPIC de la régie des pistes*) .

· 2003

TA Poitiers, 5 février 2003, régie du port de plaisance de la Rochelle-Les-Mines (*les modifications substantielles des attribution d'un directeur d'une régie, par avenant à son contrat de travail portant ainsi changement d'emploi, modifie le caractère public de son emploi d'ou la compétence du juge judiciaire*)

CE 3octobre 2003, M. Peyron, req N° 242967, publié au Lebon et Légifrance (*à propos d'un litige portant sur la tarification d'accès au domaine skiable pour un moniteur de ski, répartition des compétences entre l'ordre administratif et judiciaire*)

CE 12 décembre 2003, Département des Landes, N° 236442, F. Donnat et D. Casas, Chronique générale de jurisprudence , AJDA 2 février 2004 p.198. (*légalité d'une majoration de subvention en faveur des régies d'exploitation des services d'eau et d'assainissement*).

D) Conseil National de la Concurrence

· 1999

Décision N° 99-MC du 10 décembre 1999, site internet CNC (*tarification R.M*)

V -Principales Lettres d'observations des chambres régionales des comptes

Concernant la gestion du domaine skiable ou les régies d'exploitation des remontées mécaniques

· 1997

CRC Languedoc Roussillon 23 décembre 1997, régie municipale des Angles

· 1998

CRC Franche Comté 24 juin 1998, Régie départementale des sports d'hiver du Haut-Jura

CRC Aquitaine 14 septembre 1998, EPSA IZESTE

Cour des Comptes arrêt 18 septembre 1997, rapport N° 1997-5180, régie des remontées mécaniques de Chantemerle St Chaffrey.

· 1999

CRC PACA 8 avril 1999, Syndicat Mixte d'Allos

CRC PACA 8 avril 1999, Syndicat Mixte de Pra Loup

CRC Rhône Alpes 14 avril 1999, Cne de Corençons en Vercors

CRC Rhône Alpes 14 avril 1999, Cne de Villard de Lans

CRC Rhône Alpes 15 avril 1999, Syndicat Intercommunal de la Grande Plagne

CRC Auvergne 6 mai 1998, Syndicat Mixte du Lioran

CRC Rhône Alpes 15 juin 1999, SEM d'Aménagement de Thollon-les-Ménisses

CRC Rhône Alpes 9 août 1999, Cne de Termignon

· 2000

CRC PACA 7 janvier 2000, District du Queyras

CRC Midi Pyrénées 16 mai 2000, Cne d'Aragnouet

CRC PACA 26 juin 2000, Cne d'Isola

CRC Rhône Alpes 26 juin 2000, Cne de Gresse en Vercors

CRC Rhône Alpes 10 juillet 2000, Cne de Saint Bon Courchevel

CRC Rhône Alpes 18 juillet 2000, Cne de Chamrousse

CRC Aquitaine 4 décembre 2000, Cne de Barèges

· 2001

CRC Rhône Alpes 13 juin 2001, Cne de Passy

CRC Rhône Alpes 28 juin 2001, Cne de Bourg St Maurice

CRC Rhône Alpes 24 août 2001, Cne de St Gervais-les-Bains

CRC Rhône Alpes 11 septembre 2001, Cne de Val d'Isère

CRC Franche Comté 13 décembre 2001, Syndicat Mixte du parc naturel régional du Haut-Jura

- 2002

CRC Pyrénées Atlantiques 12 septembre 2002, EPSA IZESTE

CRC Rhône Alpes 14 février 2002, Cne de Chamonix

- 2003

CRC Rhône Alpes 12 février 2003, Cne d'Alpes d'Huez