

COMMUNAUTÉ DE COMMUNES SAUER PECHELBRONN

25 NOVEMBRE 2024

Phase n ° 2 : Conséquences juridiques et économiques (montages juridiques)



Aurélien BUREL

Avocat à la Cour, Associé – D4 Avocats Associés

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

DONNEES D'ENTREE

Données d'entrée

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

Activités prévues :

La CCSP ambitionne de développer l'écosystème local en adossant à l'établissement thermal un ensemble d'offres complémentaires, autour de trois types d'activités :

- ❖ Activité « **bien-être** »
- ❖ Activité « **hébergement touristique** »
- ❖ Activité « **restauration** »

Le projet de la CCSP est de réaliser, dans le cadre d'une Zone d'activités thermales (ZAT), un espace bien-être avec des hébergements touristiques marchands (et services connexes associés). Dans ce cadre, la CCSP a ainsi acquis une surface de 14,82 ha sur les hauteurs de la commune de Morsbronn-les-Bains pour y implanter le site.

Objectifs de la CCSP :

- Ne pas supporter le risque d'exploitation, qui pèsera donc sur l'exploitant, à charge pour lui de se rémunérer sur les résultats de l'exploitation ;
- Conserver la propriété du site acquis sur le territoire de la commune de Morsbronn-les-Bains ;
- Conserver une certaine « maîtrise » de l'activité (fixation des modalités de tarification ? programmation de certaines activités ?), qui viendra compléter l'offre touristique locale autour de l'établissement de cure (*le développement économique et l'animation touristique relèvent de la compétence de la Communauté de communes, cf. art. L.5214-16 du CGCT*). Ce qui est un indice de la présence d'un service public.

Création et gestion d'une ZAT : activité de service public ?

Le juge administratif a considéré que le développement touristique constituait un objectif d'intérêt général. Et partant, le droit de regard que se réserve la collectivité et le fait d'imposer à l'exploitant des sujétions particulières sont vues comme la volonté d'ériger l'activité en service public (voir en ce sens : CAA Nancy, 6 avril 2006, n°01NC00887). *A contrario*, l'exploitation d'un hôtel restaurant ne peut être qualifiée de service public lorsque le contrat conclu ne fait pas participer l'exploitant à l'exécution d'un service public et ne contient aucune clause exorbitante de droit commun (voir en ce sens : Tribunal des Conflits, 30 mars 1992, n°02694).

L'implication de la collectivité dans l'organisation et le contrôle de l'exploitation du service est alors fondamentale pour la qualification de délégation de service public (voir en ce sens : CE, 9 décembre 2016, *Commune de Fontvieille*, n°396352).

Il apparaît cependant que l'évolution de la jurisprudence tend vers la reconnaissance d'un **service public touristique**, notamment concernant des formes variées d'hébergement touristique :

- L'aménagement d'un camping municipal justifié par un intérêt public (voir en ce sens : CE, 17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*, n° 57680) ;
- Une résidence de tourisme associée à une station thermale utilisée en vue du développement du thermalisme dans la commune (voir en ce sens : CAA Bordeaux, 21 juin 2005, *SIVOM de Camarès*, n° 01BX02430).

En l'espèce, face à un complexe d'activités de type « bien-être » (avec hébergements et services associés) concourant par définition à l'activité d'intérêt général de développement du tourisme, au surplus à l'initiative de la Communauté de communes et pour répondre à l'un de ses besoins, il convient de conclure à la présence de nombreux indices allant dans le sens d'une activité de service public. En ce sens, sauf à ce que vous nous indiquiez ne pas souhaiter exercer un pouvoir d'organisation et de contrôle général sur le service et sur l'exploitation de la ZAT (une DSP implique, par exemple, que les tarifications relèvent de la compétence de l'assemblée délibérante), **l'activité devra plutôt être qualifiée de service public.**

A défaut, elle sera considérée comme un simple service dont vous déciderez de confier la gestion à un opérateur privé.

Quelles conséquences ?

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le

Berser
Levrault

ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

Si, en théorie, la qualification de service public semble ne pas avoir de conséquences formelles (la qualification de service public sera sensiblement la même, que l'on soit face à un service ou un service public), elle est toutefois essentielle dans notre cas puisque **si nous considérons que l'activité est constitutive d'un service public, l'affectation de la parcelle que nous déciderons et les travaux que nous réaliserons emporteront automatiquement application des règles de la domanialité publique.**



Les parcelles (et le bâti) relèveront du **domaine public** (article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques) dès qu'il sera décidé de la réalisation du projet en question.

C'est la théorie de la *domanialité publique par anticipation* (Conseil d'État, 13 avril 2016, n° 391431, *Commune de Baillargues*).

Ce point est essentiel, notamment si l'on se dirige vers la création d'une SEMOP (l'article L.1541-1 du code général des collectivités territoriales) :

- Ce type de société est prévu pour la gestion d'un service public ;
- Les parcelles ne pourront être apportées au capital de la société que sous la forme d'un apport en jouissance,

Notre avis

Selon nous, il s'agira plutôt pour la CCSP de mettre en œuvre un service public touristique, destiné à l'amélioration de l'attractivité du territoire et de l'accueil des touristes autour de la destination thermale des lieux.

Cela implique alors que vous vous impliquiez dans l'organisation et la détermination des modalités d'exploitation du site, avec un contrôle annuel complet (économique, juridique, technique et qualité du service).



La délégation de service public serait alors à privilégier.

Tout dépendra, en somme, du contenu de la convention à intervenir.

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

ANALYSE JURIDIQUE

Il ne s'agira pas d'une occupation du domaine public

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le

Berser
Levraut

ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

La Communauté de communes n'entend pas simplement mettre à la disposition du futur exploitant le site aux fins d'occupation, mais bien de lui confier le soin de satisfaire **un besoin** en exploitant le service qui viendra compléter l'offre touristique au niveau local, autour de la « destination » thermale. Partant, la formule de la convention d'occupation du domaine public (COT) ne convient pas :

« (...) *En effet, une délégation de service public comme aujourd'hui une concession de service, est avant tout un contrat qui a pour finalité de répondre à un besoin de la collectivité que l'opérateur économique va trouver un intérêt à satisfaire, **alors que la convention d'occupation domaniale répond principalement aux besoins de l'opérateur économique**, tout en lui imposant un certain nombre de contraintes inhérentes au domaine sur lequel il intervient (...)* » (Concl. de G. PELLISSIER sous CE, 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille, n°396352).

 La conclusion d'une convention d'occupation du domaine public (si l'affectation au service public se confirme) est à exclure. Elle présenterait un risque très important de requalification par un juge et, par voie de conséquence, un risque pénal (favoritisme) dans la mesure où nous ne respecterions pas les règles issues du code de la commande publique.

Il ne s'agira pas d'un marché public

La Communauté de communes souhaite bien externaliser la construction et l'exploitation de l'équipement touristique à venir. Cherchant à satisfaire un besoin, le code de la commande publique ne laisse alors que peu de choix : marché ou concession.

Le marché public se définissant comme « *un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.* » (article L.1111-1 CCP), il implique nécessairement :

- Que le financement des travaux (et des risques liés : surcoûts, retards, etc ...) sont supportés par l'acheteur
- Que le risque d'exploitation pèse sur l'acheteur : quel que soit le résultat de l'exploitation (bénéficiaire ou déficitaire), le prestataire a droit au versement de sa rémunération.

 S'agissant d'investissements lourds et de la création *ex nihilo* d'un équipement touristique, il est périlleux pour la CCSP d'envisager un montage qui lui ferait supporter les risques liés aux travaux et à l'exploitation. Le marché public n'est alors pas recommandé.

Quels montages sont envisageables ?

Montages juridiques envisageables pour l'exploitation de la Zone d'activités thermales

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

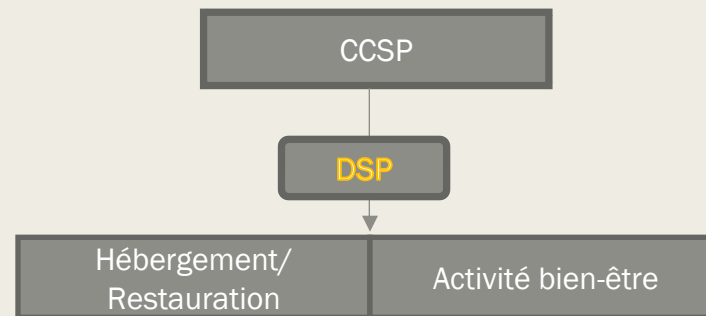
Publié le

ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE



Montage n°1 : Externalisation des phases « construction » et « exploitation » (régime concessif constructif de type « DSP », *si la Communauté de communes entend faire des activités dont l'exploitation est concédée un service public*)

Hypothèse n°1 : Lancement d'une procédure unique de concession (1 seul opérateur)



Quels avantages ?

- Externaliser les investissements nécessaires ;
- Confier au délégataire le soin de réaliser les travaux et d'exploiter les ouvrages, le risque lié à la construction et à l'exploitation pesant donc sur lui (incitation à maintenir un niveau de prestation élevé), si bien que le choix de l'exploitant est opéré avant la phase « construction » ;
- Confier au délégataire la gestion de l'ensemble du site, pour une durée assez longue (en fonction du montant des investissements nécessaires et, surtout, de leur durée d'amortissement) ;
- Conserver le pouvoir de contrôle sur cette gestion, grâce, notamment, au rapport annuel que le délégataire doit établir (art. L.3131-5 du CCP) ;
- Eviter un fonctionnement en silo (donc une DSP par activité), ce qui permet une synergie entre activités.

Quels inconvénients ?

- Un opérateur privé **unique** a-t-il le savoir-faire pour prendre en charge toutes les activités ? → Groupement d'entreprises pour répondre à la consultation ? Par exemple Valvital et Vesco ?
- La CCSP n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage (un cahier des charges pouvant, quand même, être fixé) ;
- Compte tenu de la richesse des activités confiées et du fait que le risque d'exploitation va peser sur le délégataire, il risque d'y avoir peu de candidats. « **Variante possible** : une DSP unique, limitée à la seule gestion « locative » des lieux (espaces verts, espaces communs, parking, réseaux, etc...), le délégataire faisant son affaire de l'implantation des différentes activités.

Montages juridiques envisageables pour l'exploitation de la Zone d'activités thermales

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

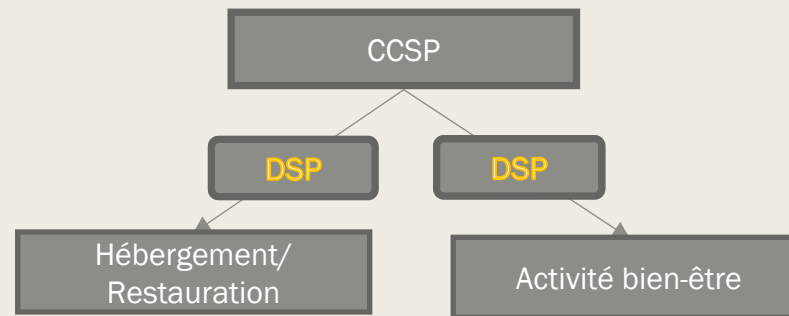
Publié le

ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE



Montage n°1 : Externalisation des phases « construction » et « exploitation » (régime concessif constructif de type « concession » - DSP si service public ou, à défaut, concession de service)

Hypothèse n°2 : Lancement d'une procédure de concession par activité (plusieurs opérateurs)



Quels avantages ?

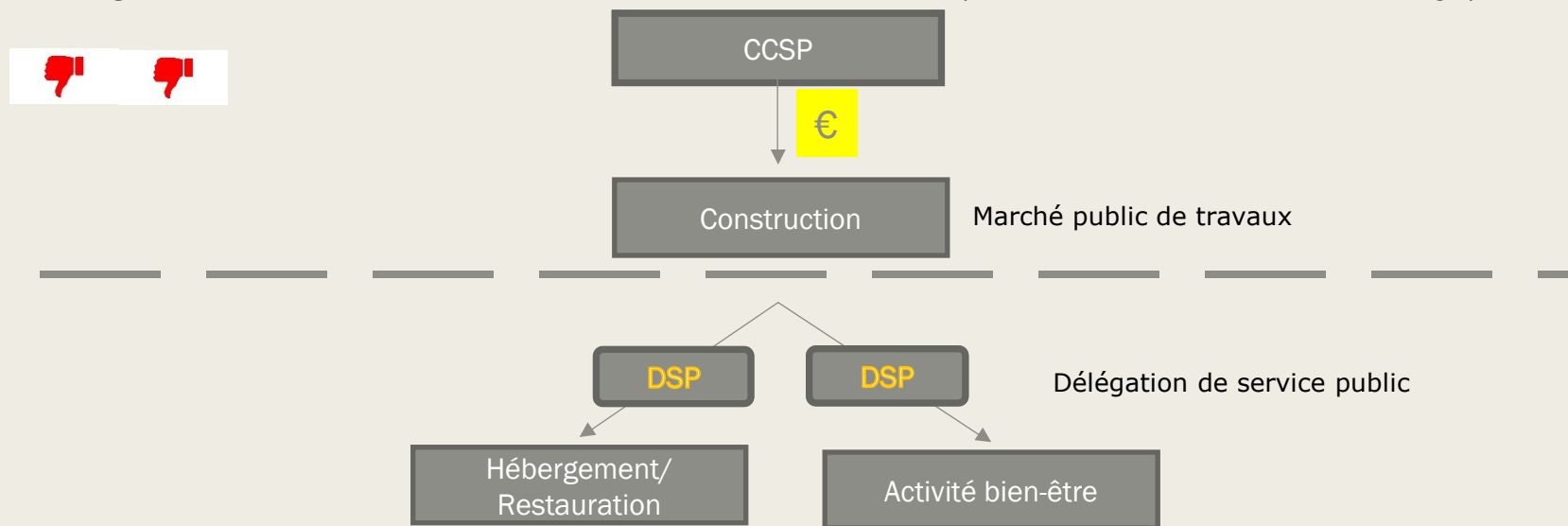
Avantages identiques à l'hypothèse n°1 (sauf l'absence de fonctionnement « en silo ») + permet de décomposer précisément les attentes (qualité de service, programmation, objectifs, horaires, etc...) activité par activité (*indice de la présence d'un service public dans ce cas*)

Quels inconvénients ?

- Procéder « activité par activité » alourdit, de fait, le lancement et le suivi du projet ;
- Ne correspond pas aux ambitions du projet (clientèle de courts séjours avec des offres « packagées » comprenant hébergement, l'accès à l'offre bien-être et la restauration) ;
- Rend plus fastidieux le contrôle de l'exécution des activités réalisées sur le site.

Montages juridiques envisageables pour l'exploitation de la Zone d'activités thermales

Montage n°2 : Externalisation de la seule phase « exploitation » (DSP sous la forme d'un affermage)



Quels avantages ?

Avantages identiques à l'hypothèse n°1 (sauf l'absence de fonctionnement « en silo ») + permet de décomposer précisément les attentes (qualité de service, programmation, objectifs, horaires, etc...) activité par activité (*indice de la présence d'un service public dans ce cas*)

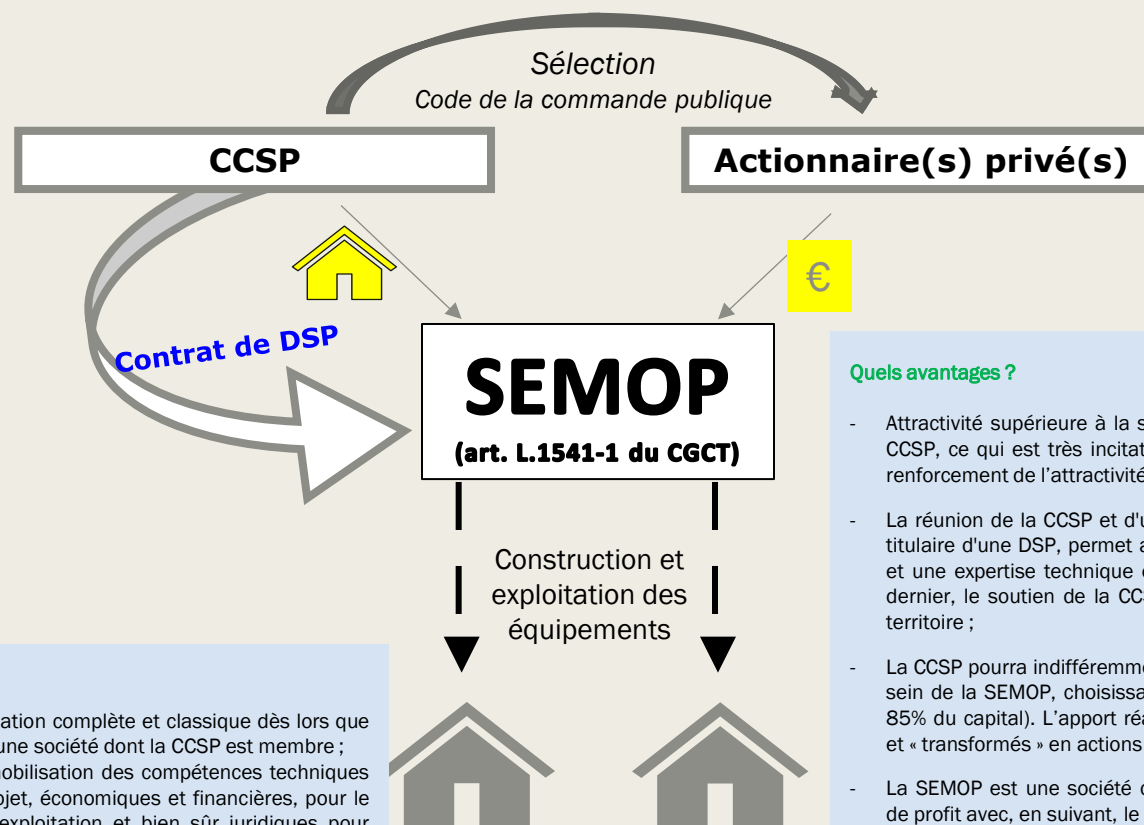
Quels inconvénients ?

- Procéder « activité par activité » alourdit, de fait, le lancement et le suivi du projet ;
- Ne correspond pas aux ambitions du projet (clientèle de courts séjours avec des offres « packagées » comprenant hébergement, l'accès à l'offre bien-être et la restauration) ;
- Rend plus fastidieux le contrôle de l'exécution des activités réalisées sur le site ;
- La durée de la DSP sera forcément plus courte car les concessionnaires ne supportent aucun investissement immobilier.

Montages juridiques envisageables pour l'exploitation de la Zone d'activités thermales

Montage n°3 : Regroupement formel - Externalisation à une société tierce (structure porteuse, de type SEMOP) dont la Communauté de communes serait membre

SI la qualification de service public est retenue (en fonction, notamment, du degré d'implication de la Communauté de communes)



Quels avantages ?

- Attractivité supérieure à la simple DSP : l'opérateur privé est associé à la CCSP, ce qui est très incitatif car permet une limitation des risques + un renforcement de l'attractivité de la station thermale existante ;
- La réunion de la CCSP et d'un opérateur au sein du capital d'une SEMOP, titulaire d'une DSP, permet ainsi de garantir à la CCSP un apport financier et une expertise technique et humaine de la part de l'opérateur, et, à ce dernier, le soutien de la CCSP qui s'implique au plus près d'un projet de territoire ;
- La CCSP pourra indifféremment décider d'être minoritaire ou majoritaire au sein de la SEMOP, choisissant ainsi son niveau d'implication (entre 34 et 85% du capital). L'apport réalisé (les parcelles et la source) sont valorisés et « transformés » en actions (pas d'apport financier nécessaire) ;
- La SEMOP est une société commerciale.. L'objectif est donc la recherche de profit avec, en suivant, le partage des bénéfices entre associés ;
- Permet un apport en jouissance des terrains et de la source par la CCSP (qui reste donc propriétaire, mais ce n'est pas une mise à disposition, donc pas de redevance d'occupation).

Quels inconvénients ?

- Il ne s'agit pas d'une externalisation complète et classique dès lors que cette externalisation concerne une société dont la CCSP est membre ;
- Travail lourd de préparation (mobilisation des compétences techniques et marketing pour définir le projet, économiques et financières, pour le chiffrer en investissement et exploitation et bien sûr juridiques pour formaliser la SEMOP) ;
- Regroupement capitaliste impliquant (i) la recherche de bénéfices et (ii) l'acceptation de prise de risques pour la CCSP (participation aux pertes de la société à hauteur des apports).

Montages juridiques envisageables pour l'exploitation de la Zone d'activités thermales

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le

ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE



Montage n°4 : Regroupement informel – Constitution d'un groupement d'autorités concédantes avec VALVITAL (art. L.3112-1 du code de la commande publique)



CCSP

VALVITAL

Convention de groupement

Groupement

Quels inconvénients ?

- Convention de groupement à préparer et convaincre VALVITAL d'entrer dans une logique partenariale ;
- Formule essentiellement utilisée pour simplement permettre de réaliser des économies d'échelle et la réduction des dépenses résultant des procédures de passation d'un contrat de la commande publique.

Quels avantages ?

- Regroupement beaucoup moins formel et « lourd » qu'une SEMOP ;
- VALVITAL participe à la définition du projet et au lancement de la procédure.

1 DSP globale

Montage 1.1

1 DSP par activité

Montage 1.2

Ce montage est à manier avec grande précaution. Risque de conflit d'intérêts du fait de la présence de Valvital dans le groupement d'autorités concédantes (Valvital pouvant être vue comme partial dans le cadre de l'appréciation des offres présentées, qu'elle pourrait considérer comme potentiellement source de concurrence sur un territoire donné)

BILAN

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

MONTAGES	INTERET (à ce stade)
<u>Montage n°1.1</u> : Externalisation des phases « construction » et « exploitation » (régime concessif/constructif de type DSP, si la CCSP entend faire des activités dont la gestion est concédée un service public) <u>Avec une seule DSP</u>	
<u>Montage n°1.2</u> : Externalisation des phases « construction » et « exploitation » (régime concessif/constructif de type DSP, si la CCSP entend faire des activités dont la gestion est concédée un service public) <u>Avec plusieurs DSP</u>	
<u>Montage n°2</u> : Externalisation de la seule et unique phase « exploitation » (sous la forme d'un affermage) <u>Avec une ou plusieurs DSP</u>	
<u>Montage n°3</u> : Regroupement formel – Externalisation à une société tierce (SEMOP) dont la CCSP est membre	
<u>Montage n°4</u> : Regroupement informel – Constitution d'un groupement d'autorités concédantes avec VALVITAL <u>Puis, une ou plusieurs DSP</u>	

Quel calendrier ? Quelles étapes procédurales ? Quelles caractéristiques principales de la convention à intervenir ?

Caractéristiques principales du contrat de DSP à venir (l'option 3 est retenue – DSP conclue avec une SEMO serait membre)

Objet de la concession

Il s'agira de confier la réalisation et l'exploitation de l'équipement composé de :

- Espace bien-être
- Restaurant
- Hébergements touristiques

Financement

Le financement de l'équipement est pris en charge par le concessionnaire, qui supportera donc les investissements immobiliers nécessaires (**il supporte la construction et l'exploitation**).

Périmètre

Les parcelles mises à disposition du futur concessionnaire ainsi que le descriptif précis des ouvrages dont il disposera devront être annexés au contrat.

Durée

Dans la mesure où le concessionnaire prendra à sa charge les investissements immobiliers, la durée du contrat devra tenir compte de la période nécessaire pour en assurer l'amortissement (donc durée assez longue possible, environ 20/25 ans par exemple).

Caractéristiques principales du contrat de DSP à venir (si l'option 1 est retenue)

l'option 3 est retenue – DSP conclue avec une SEMO (si l'option 1 est retenue)

serait membre)

Activités complémentaires

En sus des différents biens et équipements mis à disposition du concessionnaire, celui-ci aura la possibilité de développer des activités accessoires pour les touristes et les amateurs de bien-être, lui permettant d'augmenter la rentabilité du site. Avantage pour la CCSP : ces activités accessoires augmentent le chiffre d'affaires du concessionnaire, chiffre d'affaires sur lequel est assise la part variable de la redevance d'occupation.

Conditions d'exploitation

Il sera permis à la CCSP de fixer une période d'ouverture minimale, avec invitation des candidats à proposer une ouverture optimale la plus complète possible (en période de l'année et en horaires). Possibilité de fixer également des conditions de qualité (sobriété en matière énergétique, circuit court et qualité des produits pour la partie restauration, diversité des activités proposées sur la partie « bien-être » : espace aqualudique, spa thermal, solarium, etc...).

Rémunération du concessionnaire

Exploitation aux risques et périls du concessionnaire

Redevance

Une part fixe (à proposer par les candidats) et une part variable (un % à proposer par les candidats sur le bénéfice escompté ou sur le CA)

Contrôle

Rapport annuel technique et financier

Caractéristiques principales du contrat de DSP à venir (si l'option 1 est retenue) l'option 3 est retenue – DSP conclue avec une SEMOP (si le candidat serait membre)

Le contrat sera conclu à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence conformément aux articles L.3120-1 et suivants et R.3122-1 et suivants du code de la commande publique :

- La population de la CCSP étant inférieure à 50 000 habitants (art. L.1413-1 du CGCT), aucun avis préalable obligatoire de la CCSPL ne sera à prévoir
- Délibération du conseil communautaire sur le principe du recours à une DSP (avec rapport de présentation)
- Publication d'un avis de concession (procédure ouverte : dépôt des candidatures et des offres en même temps) et dépôt du DCE sur la plateforme d'achat de la CCSP
- Analyse des candidatures et des offres par la commission DSP prévue à l'article L.1411-5 du CGCT (**si ce n'est déjà fait, vous pouvez d'ores et déjà la créer** : elle est composée « *par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste* »)
- Organisation libre d'une négociation par le Président de la communauté de communes
- Finalisation du contrat
- Attribution et transmission au contrôle de légalité

Le succès de cette procédure nécessite de se réserver un **temps suffisant** pour établir un cahier des charges complet permettant aux candidats potentiellement intéressés d'élaborer une offre suffisante et sérieuse.

En cas de création d'une SEMOP, la procédure de publicité et de mise en concurrence interviendra en amont. Cela signifie que la CCSP s'associera avec l'opérateur économique qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (et qui sera donc sélectionné après mise en concurrence). Et, pour ce faire, si la CCSP entend conclure une DSP avec la SEMOP, elle devra exécuter la procédure de sélection en matière de concession pour choisir son actionnaire.

Planning prévisionnel

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

AVANCEMENT		ETAPES PROCEDURALES
		Elaboration d'un rapport de présentation (comparaison des types de montages et justification du recours à la DSP)
		Délibération du Conseil communautaire sur le principe du recours à une délégation de service public
	<i>Prévoir ≈ 12 semaines</i>	Rédaction du dossier de consultation des entreprises (DCE) : avis de concession, règlement de consultation et projet de cahier des charges (futur contrat de concession)
		Publication d'un avis de concession au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE) et publications nationales (BOAMP / journal d'annonces légales et publications spécialisées du secteur concerné)
		Publication du DCE sur la plateforme d'achat de la CCSP
	<i>Prévoir ≈ 12 semaines</i>	Constitution des candidatures et des offres + éventuelles visites sur le site
	<i>Prévoir ≈ 2 semaines</i>	Analyse des candidatures
		Avis de la Commission DSP (art. L.1411-5 du CGCT) sur les candidatures + dresse la liste des candidats admis
	<i>Prévoir ≈ 3 semaines</i>	Analyse des offres initiales
		Avis de la Commission DSP (art. L.1411-5 du CGCT) sur les offres initiales

Planning prévisionnel

Envoyé en préfecture le 03/04/2025

Reçu en préfecture le 03/04/2025

Publié le



ID : 067-200013050-20250224-D_CC_004_2025-DE

