



SYNDICAT MIXTE DU POLE IMAGE MAGELIS

AR PREFECTURE

016-251602595-20190326-DELIB23-DE
Reçu le 29/03/2019

Comité Syndical du 26 mars 2019

Délibération n°23/2019

L'AN DEUX MILLE DIX NEUF et le vingt-six mars à seize heures quinze, les membres du Comité Syndical se sont réunis aux Ateliers Magelis suivant la convocation qui leur a été adressée par M. Le Président en application des articles L. 2121.9, L. 2121.10, L. 2121.12 et L. 5211-8 du Code Général des Collectivités Territoriales.

Date de convocation : 11 mars 2019

Membres présents : Messieurs François Bonneau, Didier Jobit, Didier Villat, Philippe Bouty, Xavier Bonnefont, Daniel Sauvatre et Jean-François Dauré.

Mesdames Martine Pinville, Fabienne Godichaud, Jeanne Filloux, Annette Feuillade et Danielle Chauvet.

Membres absents ou excusés : Messieurs François Nebout, Samuel Cazenave, Jacques Chabot, Jérôme Sourisseau, Mathieu Hazouard, William Jacquillard et Jean-Hubert Lelièvre.

Madame Stéphanie Garcia.

Membre consultatif présent : -

Membres consultatifs absents excusés : Messieurs Daniel Braud et Andreas Koch et Mesdames Anne Frangeul et Cécile François.

Monsieur Mathieu Hazouard donne pouvoir à Madame Martine Pinville.

Monsieur Samuel Cazenave donne pouvoir à Monsieur François Bonneau.

Objet : Rapport relatif au mode de gestion des anciens locaux des Studios Paradis

SOMMAIRE

PARTIE I : LA SITUATION ACTUELLE	2
PARTIE II : PRESENTATION GENERALE DES EVOLUTIONS ENVISAGEES	3
PARTIE III : COMPARAISON DES MODES DE GESTION	3
A. CREATION D'UNE ENTITE	3
1. Création d'une structure de droit public	3
a. Création d'une régie	4
b. Création d'un EPCC	4
2. La création de sociétés	6
a. Création d'une société d'économie mixte	6
b. Création d'une société publique locale (ci-après SPL)	7
B. MONTAGES SANS CREATION DE STRUCTURE	8
1. Exclusion des montages ne relevant pas de la commande publique	8
2. Conclusion d'un contrat relevant de la commande publique	9
C. BILAN ET PRECONISATION	11
1. Tableau de synthèse	11
2. Préconisation	13
PARTIE IV : CARACTERISTIQUES DE LA FUTURE CONCESSION	13
A. NATURE DES MISSIONS CONFIEES AU CONCESSIONNAIRE	13
B. CARACTERISTIQUES FINANCIERES	13
C. DUREE DE LA CONCESSION	14

PARTIE I : LA SITUATION ACTUELLE

MAGELIS est propriétaire d'un immeuble dit bâtiment des « Chais » à Angoulême. Ce bâtiment est composé de trois parties : une partie centrale qui comprend un espace d'accueil, des toilettes et peut servir d'espace d'exposition, à droite un espace qui accueille le musée de la bande-dessinée et à gauche, un espace muséographique consacré au cinéma appelé Studios Paradis.

Le musée de la bande-dessinée est exploité par un établissement public de coopération culturelle (ci-après EPCC). Il s'agit d'un établissement public industriel et commercial (ci-après EPIC), qui regroupe la Région Nouvelle-Aquitaine, le département de la Charente et la commune d'Angoulême. Les locaux sont mis à disposition de l'EPCC gratuitement par MAGELIS.

En revanche, les travaux d'aménagement des Studios Paradis ont été réalisés, mais l'espace n'a jamais été ouvert au public. Aucun contrat en vigueur ne porte sur l'exploitation de ce bien. Une étude réalisée en 2018 a permis de définir un nouveau projet pour cet espace.

PARTIE II : PRESENTATION GENERALE DES EVOLUTIONS ENVISAGEES

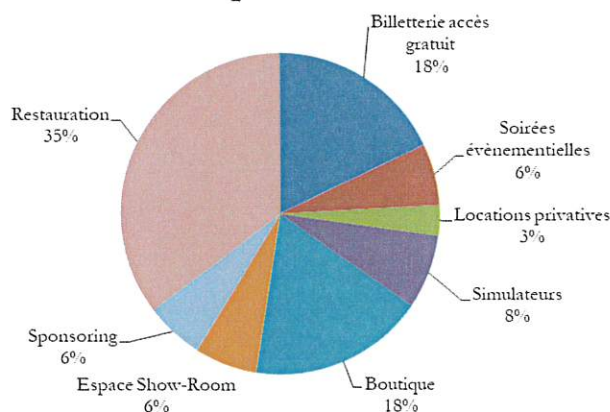
Le projet défini dans l'étude réalisée en 2018, appelé pour l'instant « Art Game », est composé des espaces suivants :

- Une scène événementielle couverte ;
- Des espaces d'exposition temporaires et polyvalents ;
- Des capsules « Jeux Vidéo » ;
- Des îlots simulateurs ;
- Un escape Game 3D et VR ;
- Une galerie art numérique ;
- Des loges VIP et espaces professionnels ;
- Des locaux techniques d'exploitation ;
- Un accueil Billetterie ;
- Un bar restaurant comprenant une terrasse extérieure ;
- Un parvis extérieur permettant diverses animations événementielles.

Ce projet a fait l'objet d'un compte d'exploitation prévisionnel, fondé sur des hypothèses de fréquentation par activité et des hypothèses de charges.

En moyenne annuelle, il en résulte des recettes de 2,8 M€, issues essentiellement de l'activité restauration, de la boutique et de la billetterie.

**Structure prévisionnelles des recettes du
concept Art Game**



Le résultat net annuel moyen atteindrait 0,2 M€.

Il est précisé que MAGELIS ne souhaite pas prendre en charge directement la gestion de l'équipement.

PARTIE III : COMPARAISON DES MODES DE GESTION

On peut dissocier les modes de gestion selon qu'ils nécessitent la création d'une structure (A) ou au contraire peuvent être mis en place sans qu'il soit nécessaire de créer une nouvelle personne morale (B).

A. CREATION D'UNE ENTITE

De manière classique, on distingue les structures de droit public [1], des structures de droit privé que sont les sociétés [2].

1. Création d'une structure de droit public

A titre liminaire, il est précisé que les groupements d'intérêt public (GIP) ne peuvent assumer les missions relevant des groupements de collectivités relevant de la cinquième partie du Code général des collectivités territoriales tels que les syndicats mixtes. Ce mode de gestion ne sera donc pas étudié¹.

¹ Article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

a. Création d'une régie

Aucun principe, ni aucune règle, n'interdit à un syndicat mixte de créer une régie, dotée ou non de la personnalité morale, dans les conditions prévues par le titre II du livre II de la deuxième partie du CGCT, afin de prendre en charge un service public² industriel et commercial (SPIC) ou administratif (SPA).

L'avantage d'une telle structure est d'éviter l'application des règles de la commande publique. Sa mise en place n'entraîne par ailleurs pas d'incidence comptable majeure, l'activité continuant de relever de la comptabilité publique. Les SPIC doivent en revanche faire l'objet d'un budget dédié (cf. *infra*), encadré par l'instruction M4, et non l'instruction M14.

Par ailleurs, d'un point de vue fiscal, la création d'une régie serait sans conséquence sur de nombreux points :

- Le syndicat est redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties.
- Les activités réputées hors du champ concurrentiel ne sont pas assujetties à la TVA (billetterie liée aux expositions, conférences, ...). Les recettes tirées de l'espace bar / restauration, de la boutique, de la location d'espaces et toute autre activité entrant en concurrence directe avec des opérateurs privés ou publics sont soumises à TVA, aux taux qui leurs sont propres. Cette distinction vaut pour l'ensemble des modes de gestion envisagés. Dans le cas d'une régie, il revient à la collectivité d'exercer son droit à déduction.
- Compte-tenu ici, au regard du compte d'exploitation prévisionnel joint à l'étude scénographique, de l'importance du poids des activités assujettie à TVA, les investissements réalisés par le syndicat ne seraient pas éligibles au FCTVA, la taxe étant récupérée par voie fiscale.

Toutefois, les régies disposant de l'autonomie financière et gérant un SPIC sont soumises à l'impôt sur les sociétés dès lors que l'activité est exercée dans des conditions similaires à celles d'un opérateur privé³. En l'espèce, et au regard notamment du compte d'exploitation prévisionnel associé à l'étude scénographique, le service constituerait essentiellement une exploitation à but lucratif, ne relevant pas de la satisfaction des besoins collectifs de la population.

Pour ces mêmes raisons, la régie serait également assujettie aux impôts commerciaux (cotisation foncière des entreprises – CFE –, et cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – CVAE).

De ce point de vue, la mise en place d'une régie comporterait donc un inconvénient majeur, le syndicat étant redevable des impôts liés à l'exercice d'une activité relevant essentiellement du champ concurrentiel.

En outre, la création de cette structure nécessite de définir les statuts ainsi que le budget qui lui est attribué et de procéder aux nominations au sein des organes de direction. La régie ainsi créée devra être dotée non seulement de moyens financiers, mais encore de moyens matériels et humains, le cas échéant par le biais de mise à disposition ou de détachement, avant de pouvoir fonctionner de manière opérationnelle.

Par nature, le financement des activités d'une telle structure n'est pas partagé avec un partenaire privé.

La création d'une telle régie présente donc des facteurs de complexité non négligeables.

Par ailleurs, l'hypothèse de la création d'une régie nous semble être peu conforme aux attentes de MAGELIS, puisque ce mode de gestion implique de la personne publique qui crée la structure qu'elle s'implique dans la mise en œuvre du service, ne serait-ce que par le biais du conseil d'administration ou du conseil d'exploitation.

Enfin, il est à noter que le risque d'exploitation repose sur la personne publique qui a pris l'initiative de la création de la régie.

b. Création d'un EPCC

Les collectivités territoriales, les établissements publics locaux ou nationaux et les groupements de collectivités territoriales peuvent créer des EPCC⁴ afin de prendre en charge un service public culturel. Il n'est pas nécessaire que l'Etat soit membre⁵.

² En ce sens, par analogie : Courrier des Maires, Cahier n°95 - mai 2016 - N° 301, p. 6

³ CE, 7 mars 2012, *Commune de Saint-Cyprien* ; CE, 20 juin 2012, *Commune de la Ciotat et Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*.

⁴ Article L. 1431-1 du CGCT

⁵ Article L. 1412-3 du CGCT

Les EPCC peuvent être qualifiés d'établissement public industriel ou commercial (ci-après EPIC) ou d'établissement public administratif (EPA) « selon l'objet de leur activité et les nécessités de leur gestion »⁶.

Mais quelle que soit la qualification de l'EPCC, il ne peut être créé qu'afin de prendre en charge un service public.

Dans le domaine culturel, en dehors des cas expressément définis par les textes ou la jurisprudence, où l'objet même de l'activité implique un service public, il ne suffit pas que l'activité présente un caractère d'intérêt général. Il faut en outre, pour caractériser un service public, que l'autorité administrative exerce un contrôle précis sur la programmation et les tarifs [CE, 23 mai 2011, *commune de Six-Four-les-Plages*, req. n°342520].

Même lorsqu'une personne publique est représentée au sein des organes de direction de la personne morale en charge de la gestion de l'activité culturelle, la qualification de service public est écartée en l'absence d'obligation expressément imposée [CE, 05 octobre 2007, *Société UGC CINE-CITE*, req. n°298773, à propos d'une société d'économie mixte].

De même, la gestion d'une brasserie, même lorsqu'elle est attenante à un établissement gérant une activité culturelle d'intérêt général, n'est pas un service public, à moins que des obligations lui soient spécifiquement imposées par une personne publique⁷.

Cela étant précisé, les règles de la commande publique ne sont pas applicables dès lors que les conditions de l'article 17 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015⁸ sont réunies⁹ (ces règles ont été reproduites à l'article L. 2511-1 du Code de la commande publique).

La procédure de création implique une décision concordante de chacun des membres, lesquels doivent approuver les statuts, puis un arrêté préfectoral.

Pour que l'EPCC soit opérationnel, il faut encore désigner les personnes exerçant les fonctions de direction, puis doter l'EPCC de moyens matériels, humains et financiers. Comme pour la régie, les membres de l'EPCC sont nécessairement impliqués dans son fonctionnement et son activité et assument ensemble les risques d'exploitation.

En l'espèce, le projet comporte une dimension culturelle non négligeable, puisqu'une partie de sa surface sera utilisée pour la présentation de spectacles et une partie des activités décrites dans le projet, comme la présentation d'art numérique ou les espaces d'exposition, peuvent être considérés comme relevant, eu égard à leur objet, à une activité de service public, comparable à celle d'un espace muséographique.

Mais il apparaît que pour l'essentiel, les activités envisagées ne présentent pas par nature un caractère de service public. D'après l'étude scénographique et financière de 2018, la restauration, la vente de biens et le sponsoring, dont l'objet n'est pas en principe celui d'un service public, représentent d'ailleurs plus de la moitié du chiffre d'affaires prévisionnel (cf. supra). La structure serait d'ailleurs pour cette raison assujettie aux mêmes impositions qu'un opérateur privé (cf. A.1.a.).

De plus, il n'est pas prévu, à ce stade, d'exercer un contrôle précis sur les choix de programmation et les tarifs des espaces évenementiels ou permettant des représentations artistiques, mais seulement s'assurer que les grandes orientations du projet ne seront pas modifiées.

⁶ Article L. 1431-1 du CGCT

⁷ CE, 28 déc. 2009, req. n° 290937, précité.

⁸ 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

⁹ En ce sens également, pour un festival mis en œuvre par une structure comportant une commune, un département et l'Etat : CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 284736.

Par conséquent, en l'état du dossier, il existe un doute sérieux sur le caractère de service public des activités envisagées, prises dans leur ensemble.

A défaut de service public, quel que soit d'ailleurs le caractère d'intérêt général du projet, la constitution d'un nouvel EPCC avec l'EPCC existant en charge du musée de la BD, ne présente pas toutes les garanties de sécurité juridique permettant de garantir le bon aboutissement du projet.

Par ailleurs, il n'apparaît pas qu'une autre personne morale de droit public ait manifesté le souhait de participer au projet et surtout de partager les contraintes financières. Cette participation paraît d'autant plus difficilement envisageable que MAGELIS bénéficie déjà des cotisations des personnes publiques membres.

Par conséquent, malgré les avantages d'un tel montage, qui résultent notamment de l'absence d'application des règles de la commande publique, il nous semble que la constitution d'un nouvel EPCC est soumise à des risques et des complexités rendant cette solution peu attractive.

2. La création de sociétés

A titre liminaire, il est précisé que nous excluons la création d'une société coopérative d'intérêt collectif (ci-après SCIC).

Il est en effet très difficile de considérer que le projet se présente comme un service d'intérêt collectif présentant un « *caractère d'utilité sociale* », ainsi que l'exigent les textes applicables¹⁰.

En outre, si les tiers non sociétaires peuvent bénéficier des produits et services de la SCIC¹¹, l'objectif premier d'une telle structure consiste à fournir des services à ses membres. La SCIC comprend au moins trois catégories d'associés, parmi lesquelles figurent obligatoirement les personnes qui bénéficient habituellement des activités de la coopérative et les salariés. Son fonctionnement est en "*vase clos*".

Or, cette vocation d'une SCIC ne semble pas correspondre avec les objectifs définis dans le projet qui suppose prester des services à l'attention des tiers.

Plusieurs catégories de sociétés peuvent cependant être envisagées dès lors que l'objet social susceptible de leur être confié est compatible avec le projet en cause en l'espèce :

- Des sociétés d'économie mixte ;
- Des sociétés publiques locales¹².

Il est à noter que comptablement et fiscalement, ces sociétés sont soumises aux mêmes règles :

- Application de la comptabilité commerciale,
- Assujettissement à l'impôt sur les sociétés,
- Assujettissement aux impôts commerciaux : cotisation foncière des entreprises (CFE) et cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE),
- Assujettissement à la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB),
- Pas de dispositions particulières au regard de la TVA.

a. Création d'une société d'économie mixte

➤ Les sociétés d'économie mixtes locales¹³

La création d'une société d'économie mixte locale, implique la participation de personnes privées à hauteur d'au moins 15 % du capital. Il s'agit d'une structure permettant de faire appel aux moyens matériels, humains et financiers d'un ou plusieurs opérateurs privés.

La personne publique qui a pris l'initiative de la SEM est impliquée dans la mise en œuvre des prestations, par le biais de sa participation aux organes de direction.

¹⁰ Article 19 quinquies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947

¹¹ Article 19 sexies de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947

¹² Art. L. 1531-1 du CGCT

¹³ Art. L. 1522-1 et suivants du CGCT

Le risque d'exploitation est porté par la SEM, puisque la responsabilité civile est limitée aux apports. Il peut toutefois en aller autrement lorsque la personne publique, dès lors qu'elle participe à la direction de la société de droit ou de fait, a commis une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actifs¹⁴.

Mais surtout, bien qu'il existe un débat sur ce point depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, force est de constater que la doctrine administrative continue à considérer qu'en l'état du droit, les conditions ne sont pas réunies pour éviter l'application des règles de la commande publique, dès lors que les SEM ne sont pas entièrement soumises au contrôle de personnes publiques et qu'il ne s'agit pas d'un cas d'adhésion obligatoire d'une personne privée à une structure par ailleurs sous le contrôle de personnes publiques¹⁵.

Le degré de complexité et de risque est donc élevé pour ce type de structure.

➤ Les sociétés d'économie mixte à opération unique (ci-après SEMOP)¹⁶.

L'article L. 1541-1 du CGCT dispose qu'un « *groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence [...], une société d'économie mixte à opération unique* ».

La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %.

La durée de la SEMOP est limitée à celle du contrat dont l'exécution lui est confiée.

Contrairement au cas des SEM, il n'est pas nécessaire de mettre en concurrence les SEMOP elles-mêmes. Seul le choix de l'opérateur économique, en lien avec le projet proposé, implique une mise en concurrence. Le choix de la SEMOP est donc plus avantageux que celui de la SEM¹⁷.

En pratique, l'opérateur économique apporte les moyens humains et matériels nécessaires à la mission. Il participe à la capitalisation de la SEMOP et à la recherche de financements.

La personne publique qui a pris l'initiative de la SEMOP est impliquée dans la mise en œuvre des prestations par le biais de sa participation aux organes de gestion.

Le risque d'exploitation est porté par la SEMOP, puisque la responsabilité civile est limitée aux apports. Il peut toutefois en aller autrement lorsque la personne publique, dès lors qu'elle est participe à la direction de la société de droit ou de fait, a commis une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actifs¹⁸.

La création d'une SEMOP, qui permet de faire appel aux moyens du secteur privé ne nécessite pas de soumettre la société elle-même à une procédure de mise en concurrence, présente donc des avantages non négligeables. Mais la nécessité pour MAGELIS de s'impliquer dans la mise en œuvre du service par le biais des organes de direction, nous semble représenter un inconvénient.

b. Création d'une société publique locale (ci-après SPL)

MAGELIS et une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, peuvent envisager de créer une SPL¹⁹.

Les SPL présentent deux avantages notables.

En premier lieu, dès lors que les conditions de l'article 17 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015²⁰ sont réunies, les règles de la commande publique ne s'appliquent pas : il n'est alors pas nécessaire de mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence pour lui confier une mission.

¹⁴ Article L. 651-2 du Code de commerce

¹⁵ Fiche DAJ « *Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public* »

¹⁶ Art. L. 1541-1 et suivants du CGCT

¹⁷ A nuancer toutefois, car la question de savoir si les contrats d'assistance de la SEMOP doivent être précédés d'une mise en concurrence n'est pas clairement tranchée, dans l'hypothèse où la SEMOP ne met pas elle-même en œuvre le service.

¹⁸ Article L. 651-2 du Code de commerce

¹⁹ Article L. 1531-1 du CGCT

²⁰ 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

En second lieu, la durée de la SPL n'est pas limitée à celle du contrat qui lui est confié, contrairement à la SEMOP.

Le choix de la SPL présente en revanche l'inconvénient par rapport à la SEMOP, de nécessiter une capitalisation, la recherche de financement, ainsi que la réunion de moyens humains et techniques, sans le soutien d'un opérateur privé.

Mais la difficulté la plus importante ici est de trouver une personne publique susceptible d'intégrer l'actionnariat de la SPL.

Conformément à la jurisprudence, seules les catégories de personnes publiques mentionnées à l'article L. 5111-1 du CGCT, peuvent être qualifiés de groupement de collectivités territoriales²¹.

Tel est bien le cas des syndicats mixtes, mais pas des EPCC.

En admettant même que l'on puisse interpréter souplesment les dispositions relatives aux SPL, il nous paraît risqué de considérer qu'un EPCC comprenant l'Etat parmi ses membres, puisse être considéré comme un groupement de collectivités territoriales.

Au cas d'espèce, la personne publique la plus directement intéressée par le projet est l'EPCC qui exploite des locaux dans le même bâtiment. Or, celui-ci comporte l'Etat parmi ses membres, si bien qu'il nous paraît très risqué de constituer une SPL avec cet EPCC.

Par ailleurs, en l'état des réflexions, il n'apparaît pas qu'une autre personne morale de droit public ait manifesté le souhait de participer au projet. Cette participation paraît d'autant plus difficilement envisageable que MAGELIS bénéficie déjà de la participation financière des personnes publiques qui en sont membre.

La création d'une SPL semble présenter, au final, un degré de complexité et d'implication, trop important.

B. MONTAGES SANS CREATION DE STRUCTURE

Il ressort de l'étude des contraintes applicables, que les montages ne relevant pas de la commande publique doivent être exclus (1). De manière classique, il conviendra de préférer la passation d'un contrat régi par le Code de la commande publique (2).

1. Exclusion des montages ne relevant pas de la commande publique

Dès lors que l'activité envisagée ne peut être, en l'état des réflexions, qualifiée de service public, quel que soit son caractère d'intérêt général, la question peut être posée de savoir si une simple autorisation d'occupation du domaine public, ou le cas échéant un bail commercial s'il est procédé à un déclassement, assorti d'une subvention²², n'est pas suffisante.

Un tel montage présente de nombreux avantages, puisqu'il permet d'éviter les lourdeurs propres à la passation de contrats relevant de la commande publique, n'induit aucune implication directe dans la mise en œuvre de l'activité et exclut tout risque d'exploitation.

Le syndicat perçoit seulement un loyer, lequel peut inclure, si le bail le prévoit, la refacturation de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Dans le cas d'une autorisation d'occupation du domaine public, le syndicat perçoit une redevance et il peut être prévu par voie de convention, que la taxe foncière sera répercutée sur le titulaire de l'autorisation.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

²¹ CAA Bordeaux, 13 mars 201, req. n°118X01860

²² Nous comprenons que le versement d'aides directes ne fait pas partie des missions que MAGELIS met actuellement en œuvre ; toutefois, à notre sens, les statuts prévoient que MAGELIS dispose d'une compétence « développement économique » [article 2], une telle aide n'est donc pas totalement exclue.

Mais ce montage présente à notre sens, des risques juridiques non négligeables.

Il ressort en effet de la jurisprudence, qu'un contrat qui a pour objet, non pas seulement d'autoriser une activité économique dans un espace appartenant à une personne publique, mais qui porte également sur l'acquisition de travaux ou services spécifiques, est soumis aux règles de la commande publique²³.

En l'espèce, MAGELIS ne se contentera pas d'autoriser l'exercice d'une activité économique dans un bâtiment lui appartenant. Il ressort au contraire des éléments du dossier, que l'opérateur économique devra, à tout le moins, s'engager sur un programme de travaux validé par MAGELIS. Le Syndicat entend de plus rester propriétaire des locaux. En outre, ainsi qu'il a été exposé *supra*, MAGELIS entend également contrôler les modifications des aménagements intérieurs et s'assurer que l'activité économique reste compatible avec les grandes orientations du projet.

Il nous semble qu'un tel montage ne peut échapper aux règles de la commande publique, que l'activité exercée soit ou non qualifiée de service public. Il faudra donc envisager de conclure un contrat relevant de la commande publique.

2. Conclusion d'un contrat relevant de la commande publique

Parmi les différents montages relevant de la commande publique, les deux principaux sont les marchés publics et les concessions.

Dès lors que la rémunération de l'opérateur n'est pas substantiellement assurée par une rémunération versée par le pouvoir adjudicateur, mais provient des sommes perçues sur les usagers, il convient de retenir la qualification de concession^{24,25}.

Il en va ainsi tout du moins tant que le contrat ne prévoit pas que le déficit éventuellement généré par l'exploitation à l'issue de la durée du contrat, sera pris en charge par le pouvoir adjudicateur²⁶.

L'article L. 1121-1 du Code de la commande publique prévoit que le concédant peut compléter la rémunération du concessionnaire par un prix, sous réserve que le concessionnaire reste exposé à un risque d'exploitation.

Les dispositions applicables n'imposent pas que la concession porte sur un service public. La concession peut porter sur la réalisation de travaux sur un ouvrage qui sera ensuite exploité, la mise en œuvre de services ou encore les deux.

La maîtrise d'ouvrage des travaux peut être confiée au concessionnaire²⁷, ce qui n'est pas le cas en matière de marchés publics.

En l'absence de service public, le niveau de contrôle opéré par le concédant sur l'exécution du service peut être peu important.

Il suffit que le contrat de concession définisse au minimum son objet, sa durée, les travaux à la charge du concessionnaire, le régime de la propriété des biens devant revenir au concédant, la nature des activités qui peuvent être mis en œuvre dans les locaux, les montants et les modes de calcul justifiés des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante, les tarifs à la charge des usagers et l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution²⁸.

Par définition, le contrat de concession emporte un transfert des risques d'exploitation vers l'opérateur sélectionné. A titre de comparaison, il peut être noté que dans le cas d'un marché public, le risque d'exploitation est nécessairement porté par la personne publique, puisque l'opérateur perçoit seulement un prix (ou le cas échéant, le remboursement du déficit d'exploitation qu'il a exposé).

²³ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoiimpresa Srl*, C-458/14 ; CE, 14 février 2017, req. n°405157,405183.

²⁴ Article L.1121-1 du Code de la commande publique.

²⁵ Dans le cadre d'un marché public, la délégation du risque ne porte donc que sur les charges. Un concessionnaire supporte en revanche à la fois un risque sur les charges et un risque commercial (les recettes).

²⁶ CE 5 juin 2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, req. n° 298641

²⁷ Article L. 1121-2 du Code de la commande publique

²⁸ Articles R. 3114-4 à R. 3114-7 du Code de la commande publique.

AR PREFECTURE

016-251602595-20190326-DELIB23-DE
Reçu le 29/03/2019

En l'espèce, il ne ressort pas de l'étude scénographique de 2018 qu'il soit nécessaire pour MAGELIS de prendre en charge le risque d'exploitation, si bien que l'opérateur, qui ne pourra pas disposer du bien à l'issue du contrat, sera exposé au risque de supporter une perte, si les objectifs de fréquentation ne sont pas atteints.

Il est d'ailleurs prévu que MAGELIS perçoive une redevance pendant toute l'exécution du contrat.

Le contrat envisagé se présente donc bien comme une concession sans service public, par lequel il sera demandé au concessionnaire de réaliser des travaux et des services.

Les composantes fondamentales du montage ne correspondent donc pas au régime juridique des marchés publics.

C. BILAN ET PRECONISATION

1. Tableau de synthèse

Nous n'évoquons pas ici la question de la domanialité publique qui interfère avec la rédaction des actes relatifs au montage mais ne détermine l'opportunité des modes de gestion.

		Critères d'appréciation				
		Risque juridique	Complexité	Financement	Implication de MAGELIS dans la mise en œuvre du service	Risque d'exploitation à la charge de MAGELIS
Type de montage	Régie	Non	Complexe	Supporté entièrement par MAGELIS	Forte	Oui
	EPCC	Oui	Complexe	Partagé	Forte	Partagé
	SEM	Non	Très complexe [création de la structure + application des règles de la commande publique]	Partagé	Forte	Limité aux apports sauf faute de gestion
	SEMOP	Non	Moyenne	Partagé	Forte	Limité aux apports sauf faute de gestion
	SPL	Non	Complexe	Partagé	Forte	Limité aux apports sauf faute de gestion
	AOT ou bail commercial	Oui	Faible	Partagé	Aucune	Non
		Régime comptable et fiscal				
		Comptabilité publique Paiement de l'IS et des impôts locaux économiques par le syndicat				
		Comptabilité publique En l'absence de service public identifié, les exonérations fiscales propres aux EPCC ne peuvent s'appliquer.				
		Comptabilité privée IS Impôts commerciaux Taxe foncière sur les propriétés bâties Pas de disposition spécifique sur la TVA.				
		Loyers assujettis à TVA. Possibilité de refacturer la TFPB au preneur.				

AR PREFECTURE

016-251602595-20190326-DELIB23-DE

Regu le 29/03/2019

	Marché public	Oui (application d'une procédure de passation et d'un régime inadapté)	Moyenne	Supporté entièrement par MAGELIS	Moyenne	Oui	Prestataire rémunéré par le syndicat. Versement assujetti à la TVA.
	Concession	Non	Moyenne	Partagé	Moyenne à faible suivant ce que souhaite MAGELIS	Non	Exploitant redevable de l'IS et des impôts commerciaux. Le syndicat reste redevable de la TFPB. Redevance perçue par le syndicat assujettie à TVA.

AR PREFECTURE

016-251602595-20190326-DELIB23-DE
Reçu le 29/03/2019

2. Préconisations



Les montages suivants doivent par nature être exclus, car ils présentent des risques juridiques :

- La création d'un EPCC,
- L'octroi d'une AOT ou la conclusion d'un bail commercial sans conclusion d'un contrat relevant des règles de la commande publique,
- La conclusion d'un marché public.

Sans être exclus par principe, les montages suivants paraissent très peu opportuns :

- La création d'une régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale, car elle suppose que MAGELIS supporte seul le financement, induit une complexité non négligeable au stade de la mise en place de la structure et nécessite pour MAGELIS de s'impliquer dans la mise en œuvre du service,
- La création d'un SPL, car il semble très délicat en l'état de trouver, dans un temps compatible avec les échéances du projet, une personne publique souhaitant devenir actionnaire.

Il reste donc à faire un choix entre la SEMOP d'une part, la concession d'autre part.

Mais le choix de la SEMOP ne présenterait un intérêt qu'à la condition que l'actionnaire public souhaite s'investir dans la mise en œuvre du service. D'ailleurs, en pratique, le choix de SEMOP a dans la majorité des cas été retenu pour des projets nécessitant un investissement bien plus important que celui qui est prévu en l'espèce, ce qui expliquait le souhait des personnes publiques concernées de participer aux organes de la société en charge du service.

Il apparaît donc que la passation d'une concession de service est le choix le plus pertinent en l'espèce.

L'activité concédée ne peut être considérée comme étant par nature un service public. Par ailleurs, MAGELIS n'entend pas exercer un contrôle précis sur la programmation et les tarifs, mais seulement s'assurer du respect des orientations générales du projet. Le projet envisagé ne sera donc pas érigé en service public par MAGELIS. Par conséquent, la concession envisagée ne présente pas le caractère d'une délégation de service public.

PARTIE IV : CARACTERISTIQUES DE LA CONCESSION ENVISAGEE

A. NATURE DES MISSIONS CONFIEES AU CONCESSIONNAIRE

Le Contrat envisagé a pour objet principal de mettre en œuvre les services décrits dans la partie II du présent rapport. Le concessionnaire prendra en charge directement les relations avec les usagers. Cette concession n'est pas une délégation de service public.

Le concessionnaire aura également pour mission de réaliser les travaux nécessaires à la mise en œuvre de ces services. Il exercera à ce titre la maîtrise d'ouvrage.

Sous réserve du respect des orientations générales du projet décrit dans la partie II, les soumissionnaires pourront proposer des modifications au projet, sous le contrôle de MAGELIS.

Il sera demandé au concessionnaire de prendre en charge une quote-part des frais relatifs aux parties du bâtiment servant également à l'EPCC en charge du musée de la BD. Il appartiendra au concessionnaire de conclure avec l'EPCC les accords nécessaires en vue de la mutualisation de toute prestation lui paraissant utile.

Quel que soit le montage retenu, MAGELIS devra être titulaire de l'ensemble des droits réels portant sur le bien à l'issue de la concession.

B. CARACTERISTIQUES FINANCIERES

Le montant et les modalités de la participation de MAGELIS à la réalisation des investissements seront précisés lors de la préparation du dossier de consultation des entreprises.

Le concessionnaire touchera les sommes versées par les usagers.

Une redevance sera versée à MAGELIS en contrepartie de l'occupation du bien par le concessionnaire.

Les tarifs perçus sur les usagers seront encadrés par le contrat de concession, mais il n'est pas prévu, à ce stade, d'imposer de contrainte particulière, sous réserve du respect du principe d'égalité.

C. DUREE DE LA CONCESSION



La durée de la concession est déterminée en fonction de la nature et du montant des investissements.

Celle-ci tient compte de la durée normale d'amortissement²⁹ des investissements supportés par le concessionnaire, et qui doit lui permettre de bénéficier d'un « retour sur les capitaux investis »³⁰.

Eu égard aux données financières disponibles, la durée pour permettre à l'opérateur d'amortir son investissement initial est située entre 8 et 10 ans. Pour bénéficier d'un retour sur les capitaux investis, la durée préconisée dans l'étude scénographique est d'au moins 12 ans. Ce point sera à affiner lors de la préparation du dossier de consultation des entreprises.

D. PROCEDURE DE PASSATION

Il existe une procédure de passation allégée et une procédure ordinaire. La procédure ordinaire doit être appliquée si le chiffre d'affaire hors taxe perçu par le concessionnaire et calculé sur l'ensemble de la durée du contrat dépasse 5,548 M€³¹, ce qui est le cas ici.

La procédure ordinaire de passation des concessions, sans délégation de service public, pourrait se dérouler de la manière suivante :

- Publication d'un avis de concession et réception des candidatures : 2 mois
- Envoi du DCE et réception des offres : 2 mois
- Analyse des offres : 1 mois
- Négociations : 2 mois
- Préparation du rapport du Président et convocation du comité syndical : 2 mois
- Attribution et délai de standstill : 15 jours

.....

Après avoir pris connaissance des atouts et contraintes de chacun des modes de gestion, et en avoir délibéré, les membres du Comité Syndical, à l'unanimité (12 présents – 14 votants – 14 voix « pour »), autorisent Monsieur le Président à lancer une procédure de consultation en vue de la passation d'une concession de service pour la gestion des anciens locaux des Studios Paradis.

Acte administratif rendu exécutoire
du fait de sa publication le 29 mars 2019
et de sa transmission au
représentant de l'Etat le 29 mars 2019
(Lois de décentralisation des 2 mars et 22 juillet 1982)

Angoulême, le 29 mars 2019

Signé: Le Président

François BONNEAU
Président du Pôle Image Magelis

²⁹ CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, req. n°303517 ; CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, req. n°323158.

³⁰ Article L 3114-1 et R. 3114-2 du Code de la commande publique.

³¹ Article R. 3121-1 du Code de la commande publique.