

étude

Les lieux de musiques actuelles gérés par un Établissement Public Local



Fédération des Lieux de Musiques Actuelles
11 rue des Olivettes - 44000 Nantes
contact@fedelima.org
www.fedelima.org
02.40.48.08.85



AARPI inscrite au Barreau de Paris
91 avenue de la République - 75011 Paris
E- mail : accueil@ebva-avocats.com
www.baron-aidenbaum.com
01.44.40.49.80



+ TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE p.5

PROPOS LIMINAIRES p.6

PARTIE 1 - GRANDS PRINCIPES APPLICABLES AUX EPIC ET AUX EPCC À CARACTÈRE INDUSTRIEL ET COMMERCIAL p.9

PARTIE 2 - ORGANISATION ADMINISTRATIVE DE L'EPIC p.13

I. Le Conseil d'administration de la régie personnalisée p.13

II. Le président du conseil d'administration p.17

III. Le directeur de la régie personnalisée p.18

IV. Le comptable p.21

PARTIE 3 - ORGANISATION BUDGETAIRE ET FINANCIÈRE DE LA RÉGIE GÉRANT UN SPIC p.24

I. Le régime budgétaire p.24

II. Le régime comptable p.26

III. Les obligations en matière de dépôt auprès de l'Etat des fonds p.26

IV. Le régime des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances p.27

V. Le régime fiscal p.31

PARTIE 4 - FONCTIONNEMENT DE LA RÉGIE PERSONNALISÉE p.35

I. Les ressources financières de la régie personnalisée p.35

II. Le régime du personnel p.37

III. Les achats de la régie personnalisée p.38

IV. Lien avec les usagers p.41

V. L'éligibilité des régies personnalisées au mécénat p.42

VI. Les subventions versées par les régies personnalisées p.46

VII. Contrôles de la régie personnalisée p.46

NOTE COMPLÉMENTAIRE p.48

ANNEXE 1 - PROCÉDURES DE CRÉATION ET DE DISSOLUTION DE LA RÉGIE PERSONNALISÉE p.60

ANNEXE 2 - LES CRITÈRES DE DISTINCTION ENTRE MARCHÉ PUBLICS ET SUBVENTIONS p.63

ANNEXE 3 - DEMANDE DE PRÉCISIONS QUANT AUX POINTS ABORDÉS DANS L'ÉTUDE p.64

ANNEXE 4 - GLOSSAIRE p.68



Préambule

PRÉAMBULE

Depuis le milieu des années 2000, nous avons assisté à la création de lieux de musiques actuelles gérés par un établissement public local (EPL). Qu'ils soient à caractère industriel et commercial (EPIC), en régie personnalisée autonome, ou établissement public de coopération culturelle (EPCC), tous sont confrontés à l'absence de références et d'expériences communes dans la gestion de lieux de musiques actuelles et de textes réglementaires suffisamment clairs encadrant ces modes de gestion. Il en existe néanmoins pour les EPCC mais ils ne s'appliquent pas nécessairement aux EPIC. Ainsi, les zones de flou et les non-dits du Code général des collectivités territoriales (CGCT) laissent le champ libre aux interprétations arbitraires des collectivités de tutelle et des agents comptables publics.

Face à ces constats, un groupe de travail « établissement public local (EPL) » s'est constitué en 2012 au sein de la FEDELIMA (Fédération des Lieux de Musiques Actuelles), dans le but d'échanger autour de ces statuts et modes de gestion spécifiques, d'organiser et de systématiser les partages de documents et d'expériences. Ce groupe de travail rassemble l'ensemble des EPL qui adhèrent à la FEDELIMA, soit 17 des 140 structures membres de la fédération.

En 2013, un premier état des lieux a été réalisé. Que ce soit sur la nature du contrat de la direction et des autres salariés, le rôle, la composition et le fonctionnement de la gouvernance, la place des bénévoles (...), cet état des lieux a mis en avant qu'il existait presque autant de pratiques en cours que de structures.

C'est pourquoi le groupe de travail a souhaité mettre en œuvre une étude approfondie d'ordre juridique et de gestion, l'objectif étant de pouvoir formaliser un cadre des usages communs aux EPL.

Ainsi en 2014-15, le groupe de travail a avancé sur les objectifs et la rédaction d'un cahier des charges de l'étude, en sélectionnant notamment les sujets qui renvoyaient à des pratiques différenciées d'une structure à l'autre.

C'est en avril 2016 que la FEDELIMA s'est associée au Cabinet Baron, Aidenbaum & Associés pour mener cette étude et apporter des éléments d'analyse et de réponse qui vous sont restitués ci-après dans ce document.



PROPOS LIMINAIRES

Si, traditionnellement, les lieux de musiques actuelles sont gérés par des associations, on constate de plus en plus, et notamment pour les nouvelles scènes de musiques actuelles (ci-après « **SMAC** »), une gestion de ces lieux dans le cadre d'établissements publics de caractère industriel et commercial (ci-après « **EPIC** ») ou d'établissements publics de coopération culturelle (ci-après « **EPCC** »).

Une telle situation peut s'expliquer soit par des **considérations juridiques** (lesquelles portent principalement sur la question des relations entre les collectivités publiques et les associations et leur sécurisation : s'agit-il d'une convention d'objectifs et de moyens, d'une délégation de service public ou d'un marché public ? ainsi que sur les problématiques classiques soulevées par ce type de relations : caractère transparent de l'association, risque de gestion de fait, etc.), soit par des **considérations politiques** (volonté forte de la collectivité publique qui finance l'équipement d'avoir une plus grande maîtrise sur celui-ci ou volonté de celle-ci de coopérer avec d'autres partenaires publics dans le cadre d'un projet culturel structurant davantage le territoire).

En outre, si l'on constate ainsi une « publicisation » croissante des modalités de gestion des équipements culturels, il convient de rappeler que dans l'hypothèse de la création d'un établissement public, on reste toutefois dans **une logique d'autonomisation** de la gestion de l'équipement.

Autrement dit, la gestion par un EPIC ou par un EPCC constitue un mode de gestion de l'équipement externalisée (au sein de l'EPIC ou de l'EPCC) et non internalisée dans la collectivité (hypothèse qui correspond à la gestion en régie directe), la gestion de l'équipement étant autonome de la collectivité.

A cet égard et malgré leurs dissemblances, on relève donc un point commun entre la gestion des lieux de musiques actuelles par des associations et celle confiée à un établissement public : dans les deux hypothèses, la gestion sera externalisée, distincte de la collectivité (même si, bien évidemment, des liens étroits peuvent exister entre la collectivité et la structure gestionnaire, notamment par la présence de représentants de la collectivité au sein du conseil d'administration de la structure).

Toutefois, contrairement aux associations qui constituent des personnes morales de droit privé, l'EPIC et l'EPCC constituent tous deux des personnes morales de droit public.

Notons qu'une telle différence peut être atténuée dès lors que dans l'hypothèse d'un service public à caractère industriel et commercial (ci-après « **SPIC** ») (EPIC ou EPCC à caractère industriel et commercial), celui-ci sera soumis partiellement aux règles de droit privé.

Certes, même si un SPIC est soumis partiellement au droit privé (cadre d'emploi par exemple), la différence essentielle entre une association et un établissement public est que les règles d'organisation et de fonctionnement des EPIC et des EPCC à caractère industriel et commercial sont prévues par le Code général des collectivités territoriales (ci-après « **CGCT** »), alors que ces règles, pour une association, seront prévues par un contrat de droit privé.

En effet, la soumission au droit privé de l'établissement public ne sera que partielle, ne serait-ce qu'en raison de la soumission des achats de celui-ci aux règles de la commande publique, l'établissement public constituant un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (cf. Art. 10) ou encore l'application des règles de la comptabilité publique.

+ Remarque : notons qu'une association pourra toutefois être qualifiée de pouvoir adjudicateur et donc être dans l'obligation, à l'instar des personnes morales de droit public, de soumettre ses achats aux règles de la commande publique si elle remplit trois conditions prévues à l'article 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Pour mémoire, ces trois conditions sont les suivantes :

- être un organisme privé doté de la personnalité morale (condition satisfaite s'agissant des associations) ;
- avoir été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
- être contrôlé par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivités), que ce contrôle soit financier (activité financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur), fonctionnel (sa gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur) ou organique (son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur)

Cette question peut notamment concerner les associations oeuvrant dans le champ du spectacle vivant.

+ Remarque : incidences de la loi « Création, Architecture et Patrimoine » sur la création de régies personnalisées dans le secteur des musiques actuelles :

Par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, le législateur a entrepris de réformer les conditions aux termes desquelles les lieux de musiques actuelles peuvent obtenir le label « SMAC » (formalisé par la conclusion d'une convention pluriannuelle entre le lieu et les financeurs publics, notamment l'Etat).

Les textes réglementaires d'application sont en cours d'élaboration. En l'état actuel de nos informations, l'obtention dudit label pourrait être conditionnée par le fait que le lieu dispose d'une personnalité morale distincte des collectivités locales. Or, actuellement, plusieurs lieux de musiques actuelles sont gérés sous forme de régie directe (il s'agit d'un simple service d'une collectivité, non distincte de celle-ci).

Si cette condition d'obtention du label devait être maintenue, elle pourrait influencer les collectivités locales à créer une structure distincte, un EPIC par exemple, pour gérer leur équipement.



Partie 1

PARTIE 1

GRANDS PRINCIPES APPLICABLES AUX EPIC ET AUX EPCC À CARACTÈRE INDUSTRIEL ET COMMERCIAL

Le groupe de travail de la FEDELIMA qui s'est constitué autour des EPL s'interroge sur le caractère hybride du statut de la régie personnalisée et de l'EPCC à caractère industriel et commercial en tant que modes de gestion de lieux de musiques actuelles.

Celui-ci relève notamment que les collectivités publiques et leurs agents comptables les considèrent comme des personnes morales de droit public alors que les services fiscaux les assimilent à des sociétés commerciales (et les assujettissent en tant que telles aux impôts commerciaux).

En premier lieu, il convient de rappeler l'autonomie du droit fiscal qui, sauf dispositions légales expresses, ne soumettant pas telles catégories d'entités juridiques à une imposition donnée (par exemple, les collectivités territoriales et les régies personnalisées à caractère administratif ne sont pas soumises à la taxe sur les salaires) s'attache à la nature des activités plus qu'à celle des personnes.

Sur le fond, il existe bien un caractère hybride. Les EPCC et les régies personnalisées sont des personnes morales de droit public soumises en tant que telles à un régime particulier (soumission à la comptabilité publique, aux règles de la commande publiques, à différents contrôles, etc.).

Cependant, l'affirmation du caractère industriel et commercial implique que la personne publique soit assimilable à une entreprise privée, une telle assimilation impliquant différentes conséquences (cadre d'emploi, droit applicable, modalités de financement – voir ci-après).

En d'autres termes, selon une approche organique, l'EPIC est une personne publique ; selon une approche fonctionnelle, il est assimilé à une entreprise. Il en résulte effectivement un régime hybride, certains aspects relevant du droit public, d'autres du droit privé.

Enfin, il convient de rappeler que les modalités d'organisation et de fonctionnement des EPIC sont déterminées par le CGCT.

+ Précisions sur la distinction entre service public administratif (SPA) et service public industriel et commercial (SPIC) :

Sauf intervention du législateur, la qualification d'un établissement public – administratif ou industriel et commercial – dépend de :

- la nature du service public géré (est-il lui-même administratif ou industriel et commercial ?),
- ses modalités de financement,
- ses modalités de gestion.

Si l'addition de ces trois critères permet d'établir une comparaison avec une entreprise privée, le service public revêtira alors un caractère industriel et commercial.

En revanche, si au regard d'au moins un de ces trois critères le service à qualifier ne ressemble pas à une activité portée par une entreprise privée, la qualification de service public à caractère administratif doit s'imposer.

En cas de doute, il existe une présomption en faveur du caractère administratif du service (CE, sect., 26 janvier 1968, AJDA 68, p. 293).

La présente étude ne porte que sur l'hypothèse d'une régie personnalisée à caractère industriel et commercial. Autrement, ne seront abordés que le cas des EPIC.

A noter que dans le cas des EPCC, la situation est différente. Aux termes de l'article L. 1431-1 du CGCT, l'établissement aura un caractère administratif ou industriel et commercial « *selon l'objet de leur activité et les nécessités de leur gestion* ».

Dans la pratique, ces critères différents propres aux EPCC, aboutissent quasiment à une option entre le caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement.

Ont ainsi pu être considérés comme tels des EPCC du secteur patrimonial (EPCC Beaubourg à Metz, EPCC LAM...). Dans le secteur du spectacle vivant, tous les EPCC présentent, à notre connaissance, un caractère industriel et commercial.

Dans le cadre des régies personnalisées, une telle qualification est plus incertaine.

Généralement, cette question de la distinction SPA/SPIC est analysée à l'aune de ses conséquences (incidences sur le régime juridique applicable à l'établissement) et non pas de son sens.

S'agissant des conséquences, on peut par exemple évoquer le droit applicable au personnel de la structure. Dans un SPIC, le personnel sera soumis au Code du travail (sauf en ce qui concerne le directeur et le comptable, tous deux agents publics) alors que dans un SPA, l'ensemble du personnel sera soumis au droit de la fonction publique.

De même, un SPIC sera, dans ses rapports avec ses usagers et les tiers, soumis en principe au droit privé. En revanche, toutes les mesures relatives à la création et à l'organisation du service seront de nature administrative.

Une des autres conséquences, particulièrement primordiale dans le secteur culturel, est l'obligation pour l'EPIC d'être équilibré en recettes et en dépenses (Art. L. 2224-1 du CGCT).

+ Précisions sur l'obligation pour un EPIC d'être équilibré en recettes et en dépense :

En principe, les collectivités publiques ont interdiction de prendre en charge dans leur budget tout ou partie des dépenses d'un EPIC (d'un SPIC plus généralement). Autrement dit, il est interdit aux collectivités publiques de verser des subventions d'équilibre à ces établissements et services.

Ce principe connaît plusieurs exceptions. Ainsi, aux termes de l'article 1-2 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, « *les entreprises de spectacles vivants peuvent être subventionnées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions.* »

Une réponse ministérielle du Ministère de la Culture en date du 18 décembre 2008 rappelle cependant qu'une telle possibilité est encadrée par « *la double condition de la détention, par le responsable de l'entreprise, de la licence d'entrepreneur de spectacles prévue aux articles L. 7122-3 et suivants du code du travail, et de la conclusion d'une convention [...], même dans les cas où elles ont adopté un statut commercial.* »

Elle ajoute par ailleurs que « *l'exercice de cette possibilité doit néanmoins s'inscrire dans le cadre général applicable aux aides que les collectivités territoriales ou leurs groupements souhaitent mettre en oeuvre, posé aux articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales* ». (Réponse du Ministère de la culture et de la communication, publiée dans le JO Sénat du 18 décembre 2008 - page 2541).

Toutefois, une telle possibilité de verser une subvention à un EPIC a récemment été contestée par une préfecture (à propos du versement d'une subvention à un théâtre géré en régie personnalisée SPIC).

S'agissant des EPCC, l'article L. 1431-8 du CGCT permet à l'Etat et aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'accorder des subventions à l'EPCC quelle que soit sa nature juridique.

En l'état actuel du droit, le corpus des règles applicables aux EPIC est clair et identifié, l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement figurant dans le CGCT.

Il est vrai, cependant, que le régime propre aux EPIC est noyé dans un corps de règles plus large applicables à l'ensemble des régies dites municipales (régie directe, régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, régie dotée de la seule autonomie financière).



Partie 2

PARTIE 2

ORGANISATION ADMINISTRATIVE DE L'EPIC

Contrairement aux EPCC qui sont créés par plusieurs personnes publiques (au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités, le cas échéant, avec l'Etat ou un établissement public national), la régie personnalisée n'est créée que par une seule collectivité publique.

La régie personnalisée étant dotée de la personnalité morale, ses organes d'administration sont distincts de ceux de la personne publique locale qui l'a créée.

Aux termes des articles L. 2221-10 et R. 2221-2 du CGCT, les régies personnalisées sont administrées par un conseil d'administration et son président ainsi que par un directeur.

+ Dispositions du CGCT applicables à l'organisation administrative de l'EPIC :

- Art. L 2221-10
- Art. R. 2221-1 à R. 2221-12
- Art. R. 2221-18 à R. 2221-34

I | Le Conseil d'administration de la régie personnalisée

Les **statuts de la régie** fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement du conseil d'administration (cf. Articles L. 2221-10 et R. 2221-4 du CGCT), l'essentiel des règles étant fixées par le CGCT.

A - La composition du conseil d'administration

Aux termes de l'article R. 2221-4 du CGCT, les statuts fixent :

- le nombre de membres siégeant au sein du conseil d'administration,
- les catégories de personnes y siégeant et n'appartenant pas à l'organe délibérant de la personne publique à l'origine de la création de la régie (ci-après la « **personne publique** »),
- les modalités de renouvellement des membres du conseil d'administration (cf. Article R. 2221-4).

+ Question : quelles obligations s'imposent à la personne publique s'agissant de la composition du conseil d'administration de l'EPIC ?

Le conseil d'administration est obligatoirement composé d'au moins trois membres (cf. Article R. 2221-4) et les représentants de la personne publique doivent détenir la majorité des sièges du conseil d'administration (cf. Article R. 2221-6).

+ Question : des obligations s'imposent-elles à la personne publique s'agissant de la définition des catégories de personnes siégeant au sein du conseil d'administration qui n'appartiennent pas à son organe délibérant ?

Non, l'organe délibérant de la personne publique est libre de définir les catégories de personnes siégeant au sein du conseil d'administration qui n'appartiennent pas à son organe délibérant.

Il peut notamment s'agir de personnalités choisies en raison de leur compétence, de représentants des usagers ou encore de représentants du personnel.

+ Remarque : différence entre les régies personnalisées gérant un SPIC de celles gérant un SPA : la représentation des membres du personnel de la régie au sein du conseil d'administration est interdite pour les régies personnalisées gérant un SPA (cf. Article R. 2221-54 du CGCT).

+ Question : quelles sont les conditions pour être désigné administrateur (membre du conseil d'administration) d'une régie personnalisée ?

Les membres du conseil d'administration doivent jouir de leurs droits civils et politiques (cf. Article R. 2221-7) et ne peuvent être désignés directeur de la régie (cf. Article R. 2221-11 du CGCT). Il existe donc une incompatibilité entre la qualité d'administrateur et celle de directeur.

B - La désignation des administrateurs

+ Question : comment sont désignés les administrateurs de la régie personnalisée ?

La procédure de désignation des administrateurs est encadrée par le CGCT.

Aux termes des articles L. 2221-10 et R. 2221-5 du CGCT, les membres du conseil d'administration sont désignés par délibération du conseil municipal, sur proposition du maire.

Il est mis fin à leurs fonctions dans les mêmes formes.

+ Remarque : par analogie avec les dispositions précitées, il y a lieu de considérer que les membres du conseil d'administration sont désignés par délibération de l'organe délibératif de la personne publique, sur proposition de son exécutif.

C - Le statut des administrateurs

+ Question : quelle est la durée des fonctions d'administrateur ?

La durée de la fonction d'administrateur doit être fixée par les statuts de la régie. Elle ne peut excéder celle du mandat des conseillers de la Personne publique locale (cf. Article R. 2221-4), leur fonction pouvant être renouvelée dans les conditions prévues par les statuts.

+ Question : existe-t-il des incompatibilités avec les fonctions d'administrateur d'une régie ?

En application de l'article R. 2221-8 du CGCT, les membres du conseil d'administration ne peuvent pas prendre ou conserver un intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie, occuper une fonction dans ces entreprises, assurer une prestation pour ces entreprises ou encore prêter leur concours à titre onéreux à la régie.

En cas d'infraction à ces interdictions, l'intéressé est déchu de son mandat soit par le conseil d'administration à la diligence de son président, soit par le préfet agissant de sa propre initiative ou sur proposition du maire.

+ Question : existe-t-il des incompatibilités avec les fonctions d'administrateur d'une régie ?

En application de l'article R. 2221-8 du CGCT, les membres du conseil d'administration ne peuvent pas prendre ou conserver un intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie, occuper une fonction dans ces entreprises, assurer une prestation pour ces entreprises ou encore prêter leur concours à titre onéreux à la régie.

En cas d'infraction à ces interdictions, l'intéressé est déchu de son mandat soit par le conseil d'administration à la diligence de son président, soit par le préfet agissant de sa propre initiative ou sur proposition du maire.

+ Question : les fonctions d'administrateur d'une régie peuvent-elles être rémunérées ?

Non, les fonctions d'administrateur sont exercées à titre gratuit. Elles ne peuvent pas être rémunérées.

Toutefois, les frais de déplacement engagés par les administrateurs pour se rendre aux réunions du conseil d'administration peuvent être remboursés, sur justificatifs, dans les conditions définies par les articles 9,10 et 31 du décret n° 90-437 du 28 mai 1990 (cf. Article R. 2221-10 du CGCT).

D - Le fonctionnement du conseil d'administration

Le fonctionnement du conseil d'administration est encadré par les dispositions de l'article R. 2221-9 du CGCT.

Il se réunit :

- au moins tous les trois mois sur convocation de son président ;
- lorsque le président le juge utile, ou sur la demande du préfet ou de la majorité de ses membres.

L'ordre du jour est arrêté par le président.

Les séances du conseil d'administration ne sont pas publiques.

+ Question : qui peut assister aux séances du conseil d'administration de la régie personnalisée ?

Peuvent assister aux séances du conseil d'administration avec voix consultative, d'une part, le président de l'exécutif de la personne publique (cf. Article R. 2221-20) et, d'autre part, le directeur de la régie sauf lorsqu'il est personnellement concerné par l'affaire en discussion (cf. Article R. 2221-9).

+ Question : quelle est la place des comités consultatifs au sein d'une régie personnalisée ?

Les dispositions législatives et réglementaires encadrant les modalités de création de la régie personnalisée et celles intéressant le fonctionnement de ses organes n'apporte pas de précision sur ce point.

Deux hypothèses sont envisageables :

- la première consisterait à prévoir dans les statuts de la régie personnalisée la création d'un comité consultatif dont la mission serait de conseiller l'organe délibérant ;
- la seconde consisterait à la création d'une telle instance par le conseil d'administration de la régie personnalisée. Ce dernier étant compétent, en application de l'article R. 2221-18 du CGCT, pour délibérer sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie, une telle disposition devrait pouvoir être interprétée comme l'autorisant à créer des comités consultatifs. Il lui reviendrait également le soin de fixer les modalités de fonctionnement de ces comités (compétences, procédure de saisine, composition et fonctionnement).

E - Les compétences du conseil d'administration

Classiquement, le conseil d'administration, organe délibératif de la régie personnalisée, est compétent pour :

- délibérer sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie (cf. Article R. 2221-18) ;
- décider les 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 (cf. Article R. 2221-19) ;
- autoriser le directeur à engager les actions en justice engagées au nom de la régie et à transiger (cf. Article R. 2221-22) ;
- donner délégation au directeur pour prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés selon la procédure adaptée (cf. Article R. 2221-24) ;
- voter le budget (cf. Article R. 2221-25) ;
- proposer le comptable de la régie personnalisée, lequel sera nommé par le préfet (cf. Article R. 2221-30) ;
- fixer les taux des redevances dues par les usagers de la régie, ces derniers devant être établis de manière à assurer l'équilibre financier de la régie dans les conditions prévues aux articles L. 2224-1, L. 2224-2 et L. 2224-4 (cf. Article R. 2221-38).

+ Remarque : l'article R. 2221-18 instaure, au profit du conseil d'administration, une véritable clause de compétence générale.

Dès lors, cette disposition peut également être entendue comme autorisant le conseil d'administration à donner son avis sur toutes les questions pour lesquelles le pouvoir de décision appartient à une autre autorité (cf. J.-F. LACHAUME, « Fascicule 742 : Régie personnalisée », JurisClasseur Collectivités territoriales, 22 octobre 2013, point 67).

II | Le président du conseil d'administration

+ Selon que la régie personnalisée est chargée de la gestion d'un SPIC ou de celle d'un SPA, les pouvoirs accordés au président du conseil d'administration ou au directeur sont d'importance variable. Dans le cadre d'une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC, le directeur dispose de pouvoirs importants contrairement au président du conseil d'administration dont le rôle est limité à assurer le bon fonctionnement de l'instance délibérative.

A - La désignation du président (et des vice-présidents)

Le conseil d'administration élit, en son sein, son président et un ou plusieurs vice-présidents (cf. Article R. 2221-9).

+ Remarque : contrairement à ce qui est prévu pour les régies personnalisées chargées de la gestion d'un SPA (cf. Article R. 2221-55), le président et le(s) vice-président(s) du conseil d'administration n'ont pas à être membres de l'organe délibératif de la Personne publique.

S'agissant de la durée de son mandat, celle-ci est, à l'instar des administrateurs, fixée par les statuts et ne peut excéder celle du mandat des conseillers de la Personne publique locale (cf. Article R. 2221-4), le mandat du président pouvant être renouvelé dans les conditions prévues par les statuts.

B - Les pouvoirs propres du président (cf. Article R. 2221-9)

Le président du conseil d'administration est compétent pour convoquer le conseil d'administration et arrêter l'ordre de jour ;

En cas de partage égal des voix, sa voix est prépondérante.

Le président est également compétent pour nommer et révoquer, sur proposition du chef de l'exécutif de la Personne publique, le directeur de la régie (cf. Article R. 2221-21).

III | Le directeur de la régie personnalisée

A - La désignation du directeur

Le directeur d'une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC est un **agent de droit public** (CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*). Il peut s'agir d'un agent titulaire (dans le cadre d'un détachement, d'une mise à disposition ou d'une mise en disponibilité) ou encore d'un agent non titulaire recruté dans les conditions prévues par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et le décret n° 88-145 du 15 février 1988 n'a pas d'effet sur les dispositions précitées (cf. Réponse du Ministère de l'Intérieur, QE n° 1386, JO AN du 29 janvier 2013).

+ Question : la procédure de recrutement du directeur d'une régie personnalisée SPIC est-elle encadrée ?

Oui. Le directeur est nommé par le président du conseil d'administration après désignation de celui-ci par délibération de l'organe délibératif de la personne publique sur proposition de son exécutif, ce dernier étant également compétent pour mettre fin aux fonctions du directeur selon les mêmes formes (sauf dans les cas prévus à l'article R. 2221-11).

+ En pratique : l'exécutif de la personne publique pourrait parfaitement lancer un appel à projet en s'inspirant de la procédure prévue pour le recrutement d'un directeur d'un EPCC (établissement d'un cahier des charges pour le poste de directeur, présentation d'un projet artistique et culturel par les candidats).

La procédure de désignation, telle que prévue par les dispositions du CGCT, s'applique également en cas de renouvellement du mandat du directeur.

+ Question : le président du conseil d'administration de la régie peut-il refuser de nommer le candidat désigné par l'organe délibératif de la personne publique ?

Non. Le président du conseil d'administration est en situation de compétence liée (cf. Réponse du Ministère de l'Intérieur, QE n° 1386, JO AN du 29 janvier 2013).

+ Question : existe-t-il des incompatibilités s'agissant de la fonction de directeur d'une régie personnalisée ?

En application de l'article R. 2221-11 du CGCT, les fonctions de directeur sont incompatibles avec :

- un mandat de sénateur, député, représentant au Parlement européen ;
- un mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse, conseiller régional, conseiller départemental, conseiller municipal, conseiller de Paris ou conseiller d'arrondissement détenu dans la ou les collectivités intéressées ou dans une circonscription incluant cette ou ces collectivités ;
- les fonctions de membre du conseil d'administration de la régie.

Par ailleurs, le directeur ne peut prendre ou conserver aucun intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie, occuper aucune fonction dans ces entreprises, ni assurer des prestations pour leur compte (cf. Article R. 2221-11). Ce qui pourrait poser des difficultés si le directeur est un artiste et s'il décide de « se programmer ».

+ (suite) Question : existe-t-il des incompatibilités s'agissant de la fonction de directeur d'une régie personnalisée ?

En cas d'infraction à ces interdictions, le directeur est démis de ses fonctions soit par le chef de l'exécutif de la Personne publique, soit par le préfet et est immédiatement remplacé.

B - La rémunération du directeur

Dans une réponse ministérielle du Ministère de l'Intérieur en date du 27 août 2015 (Rép. Min., Q. 10740, JO Sénat, 27 août 2015, p. 2025), le ministère rappelle les modalités de détermination de la rémunération du directeur d'une régie :

- il appartient à l'organe délibérant de la personne publique qui crée l'emploi de fixer le niveau de rémunération correspondant ;
- la rémunération du directeur de la régie personnalisée relève des règles applicables aux agents non titulaires de droit public ;

Le Conseil d'État a rappelé sur ce point « qu'il appartient à l'autorité territoriale qui recrute un agent non titulaire pour occuper un emploi vacant de fixer, au cas par cas, sous le contrôle du juge, la rémunération de cet agent en prenant en compte principalement la rémunération accordée à l'agent titulaire occupant normalement cet emploi et, à titre accessoire, d'autres éléments tels que la nature des fonctions exercées, le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle de l'agent non titulaire recruté » (CE, 29 avril 2014, Mme B., n° 355671).

- la rémunération des agents non titulaires comprend le traitement, l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement sur le fondement du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation ;

Peuvent s'y ajouter les primes et indemnités prévues par un texte législatif ou réglementaire, si le texte qui les a instituées ne limite pas leur versement aux titulaires ;

- le montant maximum de rémunération ne saurait en tout état de cause excéder celui dont bénéficierait un agent de l'État placé dans des conditions similaires, en application du principe de parité prévu par l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

En outre, la fonction de directeur au sein d'une régie personnalisée étant obligatoire, cette fonction ne peut être exercée à titre bénévole (voir en ce sens : CAA Nancy, 18 octobre 2001, *Régie municipale d'exploitation des Thermes de la commune de Luxeuil-les-Bains*, n° 96NC02419 ; Réponse du Ministère de l'Intérieur, 10 août 2004, JO AN, p. 6314).

C - Les pouvoirs du directeur

Le directeur est le représentant légal de la régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC (cf. Article R. 2221-22) et l'ordonnateur de la régie (cf. Article R. 2221-28).

+ Remarque : au contraire, lorsqu'une régie personnalisée est chargée de la gestion d'un SPA, c'est le président du conseil d'administration qui en est le représentant légal.

A ce titre, le directeur est compétent pour :

- intenter au nom de la régie, après autorisation du conseil d'administration, les actions en justice et la défendre la régie dans les actions intentées contre elle (cf. Article R. 2221-22) ;
- conclure, après autorisation du conseil d'administration, les transactions (cf. Article R. 2221-22) ;
- prendre, sans autorisation préalable du conseil d'administration, tous actes conservatoires des droits de la régie (cf. Article R. 2221-22) ;
- préparer le budget (cf. Article R. 2221-25) ;
- prescrire l'exécution des recettes et des dépenses (cf. Article R. 2221-28) ;
- prendre toutes les mesures d'urgence dans le cas où le fonctionnement d'une régie compromet la sécurité publique, ainsi que dans celui où la régie n'est pas en état d'assurer le service dont elle est chargée (cf. Article R. 2221-26).

Comme indiqué précédemment (cf. p. 11-12 de la présente étude), il peut assister, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration sous réserve qu'il ne soit pas personnellement concerné par l'affaire en discussion (cf. Article R. 2221-9) et il peut recevoir du conseil d'administration pour prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés selon la procédure adaptée (cf. Article R. 2221-24).

En outre, aux termes de l'article R. 2221-28 du CGCT, le directeur assure, sous l'autorité et le contrôle du président du conseil d'administration, le fonctionnement de la régie.

A cet effet, il est compétent pour :

- prendre les mesures nécessaires à l'exécution des décisions du conseil d'administration ;
- exercer la direction de l'ensemble des services, sous réserve des dispositions concernant le comptable ;
- recruter et licencier le personnel nécessaire dans la limite des inscriptions budgétaires ;
- faire assermenter certains agents nommés par lui et agréés par le préfet ;
- passer, en exécution des décisions du conseil d'administration, tous actes, contrats et marchés ;
- prendre les décisions pour lesquelles il a reçu délégation en vertu des dispositions du c) de l'article L. 2221-5-1 (c'est-à-dire les décisions de déroger à l'obligation de dépôt des fonds auprès de l'Etat).

Par ailleurs, le directeur peut, sous sa responsabilité et sa surveillance, déléguer sa signature à un ou plusieurs chefs de service (cf. Article R. 2221-29).

Enfin, en tant qu'ordonnateur de la régie, le directeur peut, par délégation du conseil d'administration et sur avis conforme du comptable, créer des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances soumises aux conditions de fonctionnement prévues aux articles R. 1617-1 à R. 1617-18 (cf. Article R. 2221-14).

+ **Remarque** : en application de l'article R. 1617-3 du CGCT, les fonctions de régisseur ne peuvent pas être assurées par un agent ayant la qualité d'ordonnateur ou disposant d'une délégation à cet effet (principe de séparation des ordonnateurs et des comptables).

Par conséquent, le directeur d'une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ne peut pas être nommé régisseur ou mandataire de la régie de recettes, d'avances et de recettes et d'avances, instituée au sein de cette personne morale (Réponse du Ministère du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, QE n° 115099, JO AN du 20 septembre 2011, p. 10058).

IV | Le comptable

A - La désignation du comptable

Au sein d'une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC, les fonctions de comptable sont confiées soit à un **comptable de la direction générale des finances publiques** (comme pour les régies personnalisées chargées de la gestion d'un SPA), soit à un agent comptable (cf. Article R. 2221-30 du CGCT).

Dans cette dernière hypothèse, l'agent comptable est nommé par le préfet sur proposition du conseil d'administration, après avis du directeur départemental ou, le cas échéant, régional des finances publiques. Il ne peut être remplacé ou révoqué que dans les mêmes formes (cf. Article R. 2221-30).

B - Les missions du comptable

L'agent comptable est chargé d'assurer le fonctionnement des services de la comptabilité (cf. Article R. 2221-31).

Il tient la comptabilité générale ainsi que, le cas échéant et sous l'autorité du directeur, la comptabilité analytique (cf. Article R. 2221-32).

Enfin, il peut, sous sa responsabilité, déléguer sa signature à un ou plusieurs agents qu'il constitue ses fondés de pouvoir (cf. Article R. 2221-31).

C - Les contrôles exercés sur la comptabilité de la régie personnalisée

Aux termes de l'article R. 2221-31 du CGCT, le comptable est soumis, sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, à l'ensemble des obligations qui incombent aux comptables publics en vertu du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

Il est placé sous l'autorité du directeur, sauf pour les actes qu'il accomplit sous sa responsabilité propre en tant que comptable public.

L'agent comptable de la régie est, en application de l'article R. 2221-33 du CGCT, soumis au contrôle de l'inspection générale des finances et du directeur départemental ou, le cas échéant, régional des finances publiques.

Le préfet reçoit communication des rapports de contrôle des membres de l'inspection

générale des finances, du directeur départemental ou, le cas échéant, régional des finances publiques. Il peut faire contrôler les opérations et les écritures de la régie par un délégué qu'il désigne à cet effet.

Le directeur peut, ainsi que le président du conseil d'administration, prendre connaissance à tout moment dans les bureaux du comptable des pièces justificatives des recettes et des dépenses et des registres de comptabilité. Il peut recevoir copie des pièces de comptabilité (cf. Article R. 2221-34).

Enfin, les comptes de la régie personnalisée sont jugés, en application de l'article L. 2221-5 du CGCT, quel que soit le revenu de la régie, par la juridiction qui juge les comptes de la commune (ceux de la collectivité de rattachement).



Partie 3

PARTIE 3

ORGANISATION BUDGÉTAIRE ET FINANCIÈRE DE LA RÉGIE GÉRANT UN SPIC

En principe, les règles budgétaires et comptables des communes sont, en application de l'article L. 2221-5 du CGCT, applicables aux régies municipales, y inclus les régies personnalisées en charge de la gestion d'un SPIC. Toutefois, les régies personnalisées chargées de la gestion d'un SPIC étant dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, un certain nombre de dispositions spécifiques sont prévues par des décrets en Conseil d'Etat.

I | Le régime budgétaire

+ Dispositions du CGCT applicables au régime budgétaire de l'EPIC :

- Art. L 2221-5
- Art. R. 2221-25
- Art. R. 2221-35 à R. 2221-52

Le budget a pour objet de prévoir et d'autoriser, pour une année civile, les recettes et les dépenses de la régie.

Il doit être, en application de l'article L. 2224-1 du CGCT, équilibré en recettes et en dépenses.

A - Elaboration et vote du budget

La régie personnalisée étant dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, son budget est préparé par son **ordonnateur** et est voté par le conseil d'administration de la régie (cf. Art. R. 2221-15 du CGCT).

+ Question : dans une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC, qui prépare le budget ?

Le budget étant préparé par l'ordonnateur, seul le directeur sera compétent.

B - Présentation du budget

Aux termes de l'article R. 2221-43 du CGCT, le budget de la régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC est présenté en deux sections :

- la première section regroupe les opérations d'exploitation (1) ;
- la seconde concerne les opérations d'investissement (2).

Qu'il s'agisse des crédits affectés à la section d'exploitation ou de ceux affectés à la section d'investissement, ils sont tous limitatifs.

Les articles R. 2221-44 et suivants du CGCT précise les mentions devant figurer dans le budget (section d'exploitation, section d'investissement).

C - Exécution du budget

En sa qualité d'ordonnateur de la régie personnalisée, le directeur prescrit l'exécution des recettes et des dépenses.

Il appartient ensuite à l'agent comptable d'effectuer les opérations comptables d'exécution du budget.

En règlement des créances qu'elle détient, la régie peut, en application de l'article R. 2221-40 du CGCT, recevoir des effets de commerce acceptés, les endosser ou les remettre à l'encaissement. Ils peuvent être escomptés conformément aux usages du commerce. Elle dispose de la possibilité d'acquitter certaines dépenses, fixées par les statuts, au moyen d'effets de commerce.

D - Fin de l'exercice budgétaire

1- A la fin de l'exercice budgétaire :

- les crédits de la section d'exploitation non engagés à la clôture de l'exercice ne peuvent être reportés au budget de l'exercice suivant (cf. Article R. 2221-47) ;
- les dépenses de la section d'exploitation régulièrement engagées, non mandatées et pour lesquelles il y a eu service fait au 31 décembre calendaire sont notifiées par le directeur au comptable et rattachées au résultat de l'exercice qui s'achève (cf. Article R. 2221-47) ;
- les crédits budgétaires de la section d'investissement du budget régulièrement engagés et correspondant à des dépenses non mandatées pour lesquelles il y a eu service fait au 31 décembre calendaire sont notifiés par le directeur au comptable et reportés au budget de l'exercice suivant.

2- Il appartient, par ailleurs, au conseil d'administration de délibérer sur l'affectation comptable du résultat d'exploitation. Les priorités d'affectation du résultat d'exploitation sont précisées par ordre décroissant (cf. Art. R. 2221-48).

3- En fin d'exercice, un inventaire, dont les résultats sont produits au juge des comptes à l'appui du compte financier¹, est dressé conformément aux principes du plan comptable général (cf. Art. R. 2221-49 du CGCT).

4- Après avoir dressé l'inventaire, le directeur fait établir le compte financier¹ par le comptable qui est ensuite arrêté par le conseil d'administration de la régie (cf. Art. R. 2221-50 et R. 2221-51).

Ce document doit être présenté au conseil d'administration en annexe à un rapport du directeur donnant tous éléments d'information sur l'activité de la régie au cours du dernier exercice et indiquant les mesures qu'il convient de prendre pour abaisser les prix de revient, accroître la productivité, donner plus de satisfaction aux usagers et, de manière générale, pour maintenir l'exploitation de la régie au niveau du progrès technique en modernisant les installations et l'organisation.

Le conseil d'administration doit délibérer sur ce rapport et ses annexes.

5- 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 (cf. Art. 2221-52 du CGCT).

¹ En application de l'article R. 51-2221 du CGCT, le compte financier comprend la balance définitive des comptes, le développement des dépenses et des recettes budgétaires, le bilan et le compte de résultat, le tableau d'affectation des résultats, les annexes définies par instruction conjointe du ministre chargé des collectivités locales et du ministre chargé du budget et, enfin, la balance des stocks établie après inventaire.

II | Le régime comptable

Les règles de la comptabilité communale sont, en vertu de l'article R. 2221-35 du CGCT, applicables aux régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, chargées de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial, sous réserve d'un certain nombre de dérogations.

La comptabilité des régies est tenue dans les conditions définies par **un plan comptable conforme au plan comptable général** (cf. Art. 2221-36 du CGCT), ce plan comptable étant arrêté par le ministre chargé des collectivités locales et le ministre chargé du budget, après avis de l'Autorité des normes comptables (M4 - voir l'instruction budgétaire et comptable M4 au 1er janvier 2016 - arrêté du 23 décembre 2015).

III | Les obligations en matière de dépôt auprès de l'Etat des fonds

En principe, les collectivités territoriales et leurs établissements publics (en particulier les régies dotées de la personnalité morale) sont tenus, sauf disposition expresse d'une loi de finances, de déposer toutes leurs disponibilités auprès de l'Etat (cf. Art. 26, 3° de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances).

Toutefois, un certain nombre de dérogations à l'obligation de dépôt auprès de l'Etat des fonds sont prévues pour les collectivités et leurs établissements.

1- S'agissant des dérogations prévues pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'article L. 1618-2 du CGCT vise le cas des fonds qui proviennent :

- de libéralités ;
- de l'aliénation d'un élément de leur patrimoine ;
- d'emprunts dont l'emploi est différé pour des raisons indépendantes de la volonté de la collectivité ou de l'établissement public ;
- de recettes exceptionnelles dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat.

Les fonds susmentionnés doivent alors :

- soit être placés en titres émis ou garantis par les Etats membres de la Communauté européenne ou les autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen ;
- soit en parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou de placements collectifs gérant exclusivement des titres émis ou garantis par les Etats membres de la Communauté européenne ou les autres Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, libellés en euros ;
- soit être sur un compte à terme ouvert auprès de l'Etat, étant précisé que les valeurs mobilières détenues par les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont déposées exclusivement auprès de l'Etat.

En outre, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent, sur autorisation du ministre chargé du budget, déposer les fonds de leurs régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances sur un compte ouvert à La Poste ou dans un établissement de crédit ayant obtenu un agrément.

+ Remarque : les régies personnalisées chargées de la gestion d'un SPIC peuvent déposer leurs fonds, après autorisation expresse du directeur départemental ou régional des finances publiques, sur un compte ouvert à La Poste ou dans un établissement de crédit ayant obtenu un agrément (cf. Art. L. 2221-5-1, b et R. 2221-15 du CGCT).

2- En principe, les décisions de déroger à l'obligation de dépôt des fonds auprès de l'Etat relèvent de la compétence de l'organe délibérant.

Toutefois, s'agissant des régies personnalisées, le conseil d'administration peut déléguer cette compétence au directeur de la régie (cf. Art. L. 2221-5-1, c du CGCT).

IV | Le régime des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances

Conformément à l'article R. 2221-14 du CGCT, le directeur de la régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC peut, en sa qualité d'ordonnateur, par délégation du conseil d'administration et sur avis conforme du comptable, créer des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances.

+ Dispositions applicables à l'organisation et au fonctionnement des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances : articles R. 1617-1 à R. 1617-18.

+ Question : quel est l'objectif poursuivi par la création de ces régies ?

La création de ces régies vise notamment à faciliter l'encaissement de recettes et le paiement de dépenses par les personnes publiques (cf. Instruction codificatrice n°06-031-A-B-M du 21 avril 2006, Préambule).

A - Organisation des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances

1- **Nomination du régisseur.** Aux termes de l'article R. 1617-3 du CGCT, le régisseur, qui est une personne physique, est nommé par une décision du directeur de la régie personnalisée, sur avis conforme du comptable public assignataire.

+ Question : toute personne peut-elle être nommée régisseur ?

Non. Les fonctions de régisseur ne peuvent pas être assurées par un agent ayant la qualité d'ordonnateur (directeur de la régie) ou disposant d'une délégation à cet effet (cf. Art. R. 1617-3 du CGCT).

2- **Responsabilité du régisseur** (cf. Art. R. 1617-4). Le régisseur chargé pour le compte d'un comptable public d'opérations d'encaissement et de paiement est personnellement et pécuniairement responsable :

- de la garde et de la conservation des fonds et valeurs qu'il recueille ou qui lui sont avancés par le comptable public,
- du maniement des fonds et des mouvements de comptes de disponibilités,
- de la conservation de pièces justificatives,
- de la tenue de la comptabilité des opérations.

La responsabilité personnelle et pécuniaire du régisseur s'étend à toutes les opérations de la régie depuis la date de son installation jusqu'à la date de cessation de ses fonctions.

3- **Obligations préalables du régisseur** (cf. Art. R. 1617-4). Avant d'entrer en fonctions, le régisseur est en principe tenu de constituer un **cautionnement** dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget.

- le cautionnement est constitué par un dépôt en numéraire ou de valeurs du Trésor ;
- le cautionnement peut être remplacé par l'engagement d'une caution solidaire constituée par l'affiliation du régisseur à une association de cautionnement mutuel agréée par le ministre chargé du budget ;
- sauf autorisation expresse de l'ordonnateur et du comptable public assignataire, la nature des garanties constituées ne peut être modifiée pendant toute la durée des fonctions du régisseur.
- lorsqu'un régisseur cesse d'être affilié à une association de cautionnement mutuel, il doit constituer une nouvelle garantie à la date à laquelle cesse la garantie de l'association.

Les régisseurs sont dispensés de la constitution d'un cautionnement lorsque :

- lorsque le montant des sommes maniées n'excède pas les seuils fixés par arrêté du ministre chargé du budget ;
- lorsque la régie est créée pour une période n'excédant pas six mois ou pour une opération particulière (dispense accordée par l'ordonnateur sur avis conforme du comptable public assignataire).

Toute infraction aux dispositions précitées entraîne la cessation immédiate des fonctions du régisseur.

4- Cessation des fonctions de régisseur (cf. Article R. 1617-5). Le régisseur ayant cessé ses fonctions peut, sur demande adressée au comptable public assignataire, obtenir **un certificat de libération définitive des garanties constituées**.

Ce certificat ne peut être délivré au régisseur que :

- s'il a versé au comptable public assignataire la totalité des recettes encaissées par ses soins et n'a pas été constitué en débet, s'agissant d'une régie de recettes ;
- s'il a justifié de l'emploi de l'intégralité des avances mises à sa disposition, si le comptable public assignataire a admis ses justifications et si le régisseur n'a pas été constitué en débet, s'agissant d'une régie d'avances ;
- s'il a satisfait à l'ensemble des conditions précédentes, s'agissant d'une régie de recettes et d'avances.

Le comptable public assignataire dispose d'un délai de six mois pour se prononcer sur cette demande. Passé ce délai, il ne peut refuser le certificat que s'il demande à l'autorité qualifiée la mise en débet du régisseur.

Le certificat de libération définitive est accordé au régisseur dès l'apurement du débet.

5- Nomination d'un régisseur intérimaire (cf. Article R. 1617-5-1). Un régisseur intérimaire doit être nommé dans deux hypothèses distinctes :

- en cas de cessation de fonctions du régisseur, dans l'attente de la nomination d'un nouveau régisseur titulaire ;
- lorsque le régisseur est absent ou empêché pour une durée excédant deux mois. Le régisseur intérimaire est nommé par l'ordonnateur sur avis conforme du comptable. L'intérim des fonctions de régisseur ne peut excéder une période de six mois, renouvelable une fois. A l'issue de cette période, il appartient à l'ordonnateur de désigner un régisseur titulaire, sur avis conforme du comptable.

Le régisseur intérimaire est responsable personnellement et pécuniairement des opérations d'encaissement et de paiement dans les mêmes conditions que le régisseur titulaire. Il est également tenu, dans les mêmes conditions que le régisseur titulaire, de constituer un cautionnement.

6- Modalités d'exercice de la fonction de régisseur (cf. Article R. 1617-5-2). Le régisseur titulaire ou intérimaire peut percevoir une indemnité de responsabilité dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget.

En outre, il est assisté de mandataires. L'acte constitutif de la régie doit prévoir le recours à des mandataires. Ceux-ci sont nommés par l'ordonnateur sur avis conforme du comptable et du régisseur.

Le régisseur est responsable personnellement et pécuniairement des opérations réalisées en son nom et pour son compte par les mandataires. Les mandataires sont dispensés de cautionnement et ne perçoivent pas d'indemnité de responsabilité.

Toutefois, lorsque le mandataire assure le remplacement du régisseur absent pour une durée ne pouvant excéder deux mois, il est responsable personnellement et pécuniairement des opérations de la régie et peut percevoir une indemnité de responsabilité pendant la durée effective où il exerce la fonction de régisseur dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget.

Enfin, une remise de service est obligatoire entre le régisseur sortant ou son mandataire et le régisseur entrant ou son mandataire. Le régisseur entrant ou son mandataire ou le régisseur sortant ou son mandataire peuvent donner mandat pour accomplir cette formalité.

B - Fonctionnement des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances

Quelle que soit la forme de la régie (régie de recettes, d'avances ou de recettes et d'avances), les régisseurs doivent, en application de l'article R. 1617-16 du CGCT, tenir une comptabilité dont la forme est fixée par le ministre chargé du budget et le cas échéant par le ou les ministres concernés.

Cette comptabilité fait apparaître et permet de justifier à tout moment :

- pour les régies de recettes, la situation de l'encaisse ;
- pour les régies d'avances, la situation de l'avance reçue, la nature des dépenses réalisées et le montant des disponibilités ;
- pour les régies de recettes et d'avances, la situation de l'encaisse, de l'avance reçue, la nature des dépenses réalisées et le montant des disponibilités.

En outre, des dispositions spécifiques s'appliquent selon qu'est en cause une régie de recettes, une régie d'avances ou une régie de recettes et d'avances.

1. S'agissant des régies de recettes

S'agissant des régies de recettes, les modalités de fonctionnement sont prévues aux articles R. 1617-6 à R. 1617-10 du CGCT.

+ Question : quelles mentions doivent être indiquées dans l'acte constitutif de la régie de recettes ?

L'acte constitutif doit fixer :

- la nature des produits à encaisser (cf. Art. R. 1617-6 du CGCT) ;
- les conditions dans lesquelles les régisseurs sont habilités à encaisser ces recettes au moyen d'instruments de paiement émis par une entreprise ou par un organisme dûment habilité, quel que soit le support technique utilisé, pour l'achat auprès de ces émetteurs ou de tiers qui les acceptent d'un bien ou d'un service déterminé (cf. Art. R. 1617-7 du CGCT), étant précisé que les régisseurs encaissent les recettes réglées par les redevables dans les mêmes conditions que les comptables publics ;

- les conditions dans lesquelles les régisseurs versent et justifient les recettes encaissées par leurs soins au comptable public assignataire (cf. Art. R. 1617-8 du CGCT) ;
- la périodicité selon laquelle les chèques doivent être remis à l'encaissement ou au comptable public assignataire lorsque le régisseur ne détient pas de compte de dépôts (cf. Art. R. 1617-8) ;
- les conditions selon lesquelles le régisseur peut adresser au redevable une demande de paiement (cf. Art. R. 1617-9) ;
- le montant du fonds de caisse permanent dont les régisseurs de recettes sont autorisés à disposer ainsi que le montant maximum de l'encaisse que le régisseur est autorisé à conserver (cf. Art. R. 1617-10).

2. S'agissant des régies d'avances

Les modalités spécifiques de fonctionnement des régies d'avances sont prévues aux articles R. 1617-11 à R. 1617-14 du CGCT.

Aux termes de l'article R. 1617-13 du CGCT, les régisseurs d'avances effectuent le paiement des dépenses dans les mêmes conditions que les comptables publics.

+ Question : toutes les dépenses peuvent-elles être payées par la régie d'avance ?

Non. Sauf dérogation accordée par le ministre chargé du budget, seules certaines dépenses peuvent être payées par l'intermédiaire d'une régie (cf. Art. R. 1617-11).

Il s'agit notamment des dépenses de matériel et de fonctionnement non comprises dans un marché public passé selon une procédure formalisée, des rémunérations des personnels payés sur une base horaire ou à la vacation ainsi que les charges sociales y afférentes ou encore des acquisitions de spectacles dans la limite d'un montant fixé par arrêté du ministre chargé du budget.

+ Question : quelles mentions doivent être indiquées dans l'acte constitutif de la régie d'avances ?

L'acte constitutif doit fixer :

- le montant de l'avance mise à disposition du régisseur, lequel doit être au maximum égal au quart du montant prévisible des dépenses annuelles à payer par le régisseur (cf. Art. R. 1617-12) ;
- les conditions dans lesquelles, à titre exceptionnel et sur avis conforme du comptable public assignataire, l'avance peut dépasser ce maximum (cf. Art. R. 1617-12)* ;
- les conditions selon lesquelles le régisseur peut être habilité à remettre des instruments de paiement, mentionnés à l'article R. 1617-7, à des bénéficiaires désignés par la régie personnalisée (cf. Art. R. 1617-13) ;
- les conditions selon lesquelles le régisseur remet les pièces justificatives des dépenses payées par ses soins (au minimum une fois par mois) à l'ordonnateur ou au comptable assignataire qui émet, pour le montant des dépenses reconnues régulières, un mandat de régularisation (cf. Art. R. 1617-14).

* **Remarque** : l'avance est, en application de l'article R. 1617-12 du CGCT, versée par le comptable public assignataire sur demande du régisseur, visée par l'ordonnateur.

3. S'agissant des régies de recettes et d'avances

En application de l'article R. 1617-15 du CGCT, les dispositions applicables aux régies de recettes et celles applicables aux régies d'avances s'appliquent aux régies de recettes et d'avances.

C - Contrôle des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances

Aux termes de l'article R. 1617-17 du CGCT, les régisseurs de recettes, d'avances ainsi que de recettes et d'avances ainsi que les régisseurs intérimaires et les mandataires sont soumis :

- aux contrôles du comptable public assignataire et de l'ordonnateur ou de leurs délégués auprès desquels ils sont placés ;
- aux vérifications des autorités habilitées à contrôler sur place le comptable public assignataire et l'ordonnateur ou de leurs délégués (cf. p. 18 et s. de l'Etude).

D - Fin des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances¹

L'acte de suppression de la régie résulte d'une décision de l'autorité habilitée à la créer (directeur ou conseil d'administration).

Deux copies de cette décision sont remises au comptable qui les conserve dans le dossier constitué pour la régie en question.

V | Le régime fiscal

En application de l'article 1654 du Code général des impôts (ci-après « CGI »), les régies personnalisées chargées de l'exploitation d'un SPIC doivent, sous réserve des dispositions des articles 133, 207, 208, 1040, 1382, 1394 et 1449 à 1463, acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations.

A - S'agissant de l'impôt sur les sociétés

Aux termes de l'article 206, 1 du CGI, sont passibles de l'impôt sur les sociétés (ci-après « IS »), « *sous réserve des dispositions des 6° et 6° bis du 1 de l'article 207, les établissements publics, les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif.* »

Une régie personnalisée sera donc passible pas de l'IS « *si le service qu'elle gère ne relève pas, eu égard à son objet ou aux conditions particulières dans lesquelles il est géré, d'une exploitation à caractère lucratif* » (CE, 20 juin 2012, Commune de la Ciotat et Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, n° 341410).

Toutefois, l'article 206, 1, 6° du CGI exonère de l'IS les « *régions et les ententes interrégionales, les départements et les ententes interdépartementales, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, syndicats de communes et syndicats mixtes constitués exclusivement de collectivités territoriales ou de groupements de ces collectivités ainsi que leurs régies de services publics* ».

Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'« *une régie, dotée ou non de la personnalité morale, qui gère un service qui, par son objet, relève d'une exploitation à but lucratif, ne*

¹ Les informations relatives à la fin des régies de recettes, d'avances et de recettes et d'avances sont extraites de l'instruction codificatrice n-06° -031A-B-M du 21 avril 2006, Titre 9.

bénéficie de l'exonération d'impôt sur les sociétés prévue par les dispositions précitées du 6° du 1 de l'article 207 du code général des impôts que si elle s'applique à un service public que la collectivité territoriale a le devoir d'assurer, c'est-à-dire lorsque le service qu'elle exploite est indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité territoriale » (CE, 7 mars 2012, Commune de Saint-Cyprien, n° 331970 ; CE, 20 juin 2012, Commune de la Ciotat et Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, n° 341410).

La culture ne constitue pas un service public au sens fiscal.

+ Question : comment s'apprécie le caractère lucratif d'une activité gérée par une régie personnalisée ?

Selon l'administration fiscale (Extrait du BOFIP, BOI-IS-CHAMP-10-60-20130304, 4 mars 2013) :

- le caractère lucratif de l'activité exercée par les organismes publics est, en principe, lié directement et uniquement à la nature de cette activité ;
- le caractère industriel et commercial d'un établissement public ne saurait être déduit de sa seule forme juridique ;
- la circonstance qu'un établissement public se trouve placé sous le statut juridique d'établissement public à caractère industriel et commercial, si elle constitue toujours une présomption d'intention spéculative, n'entraîne pas nécessairement assujettissement au régime de droit commun de l'impôt sur les sociétés lorsque l'organisme est en mesure de démontrer qu'en fait ses activités sont exclusives de toute recherche de profit ;
- la situation fiscale des établissements publics au regard de l'impôt sur les sociétés et corrélativement au regard de l'imposition forfaitaire annuelle des sociétés doit s'apprécier non par référence à leur statut juridique, mais par rapport à la réalité des activités qu'ils exercent ;
- certains critères tels que la nature de la mission assignée à l'organisme, le caractère concurrentiel ou non de cette mission à l'égard d'organismes du secteur marchand ainsi que les modalités d'exercice d'une activité concurrentielle, l'étendue du contrôle ou de la tutelle exercée par les pouvoirs publics ainsi que la part des subventions par rapport au total des recettes, sont de nature à permettre d'appréhender le caractère lucratif ou non de l'activité exercée par l'établissement public.

En pratique, le régime d'IS applicable à la régie personnalisée sera identique à celui applicable en matière de gestion associative.

B - S'agissant de la taxe sur la valeur ajoutée

Conformément aux dispositions de l'article 256 B du CGI, les régies personnalisées en tant que personnes morales de droit public sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après « TVA ») « *pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence* ».

L'exonération ainsi prévue ne joue pas lorsque la régie exploite les activités précitées en concurrence avec des activités privées ayant le même objet.

En pratique, à nouveau, le régime de TVA sera identique qu'en cas de gestion par une association.

C - S'agissant de la cotisation foncière des entreprises

Sont exonérées de la cotisation foncière des entreprises, en vertu de l'article 1449 du CGI, « *les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes de l'Etat, pour leurs activités de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique, quelle que soit leur situation à l'égard de la taxe sur la valeur ajoutée* ».

Les régies personnalisées gérant des lieux de musiques actuelles devraient par conséquent en être exonérées.

D - S'agissant des taxes foncières sur les propriétés bâties et non bâties

Aux termes des articles 1382 (pour les propriétés bâties) du CGI, sont exonérés de la taxe foncière sur les propriétés bâties et non bâties « *les immeubles nationaux, les immeubles régionaux, les immeubles départementaux pour les taxes perçues par les communes et par le département auquel ils appartiennent et les immeubles communaux pour les taxes perçues par les départements et par la commune à laquelle ils appartiennent, lorsqu'ils sont affectés à un service public ou d'utilité générale et non productifs de revenus* ».

Toutefois, cette exonération n'est pas applicable aux immeubles appartenant aux régies personnalisées.

Des dispositions similaires s'appliquent aux propriétés non bâties (cf. Article 1394 du CGI).



Partie 4

PARTIE 4

FONCTIONNEMENT DE LA RÉGIE PERSONNALISÉE

I | Les ressources financières de la régie personnalisée

Contrairement aux dispositions applicables aux établissements publics de coopération culturelle, celles relatives aux régies personnalisées ne déterminent pas la nature des recettes que ces dernières sont susceptibles de percevoir.

Classiquement, les recettes que la régie personnalisée sera autorisée à percevoir seront prévues par ses statuts.

Il s'agira principalement des :

- redevances perçues sur les usagers,
- produits des diffusions des spectacles et de concerts,
- ventes de produits annexes,
- dons et legs,
- subventions et aides économiques.

S'agissant des subventions, il y a lieu de rappeler qu'en principe, la collectivité de rattachement ne pourra pas prendre en charge dans son budget propre des dépenses au titre des SPIC exploités en régie (cf. Art L. 2224-2 du CGCT).

Toutefois, une telle prise en charge pourra être décidée par l'organe délibérant de la collectivité de rattachement lorsque celle-ci sera justifiée par l'une des raisons suivantes :

- lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;

+ Remarque : la convention ou l'acte par lequel la collectivité de rattachement versera des subventions devra, dans cette hypothèse, imposer des obligations dite « de service public ».

- lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements 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.

+ Remarque : exception à cette interdiction propre aux entreprises de spectacles vivants.

Aux termes de l'article 1-2 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, « *les entreprises de spectacles vivants peuvent être subventionnées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions.* »

Toutefois, une réponse ministérielle du Ministère de la Culture en date du 18 décembre 2008 rappelle qu'une telle possibilité est encadrée par « *la double condition de la détention, par le responsable de l'entreprise, de la licence d'entrepreneur de spectacles prévue aux articles L. 7122-3 et suivants du code du travail, et de la conclusion d'une convention [...], même dans les cas où elles ont adopté un statut commercial.* »

Elle ajoute par ailleurs que « *l'exercice de cette possibilité doit néanmoins s'inscrire dans le cadre général applicable aux aides que les collectivités territoriales ou leurs groupements souhaitent mettre en oeuvre, posé aux articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales* ». (Réponse du Ministère de la culture et de la communication, publiée dans le JO Sénat du 18 décembre 2008 - page 2541).

Dans tous les cas, la décision de l'organe délibérant de la collectivité doit faire l'objet, à peine de nullité, d'une délibération motivée. Cette délibération doit fixer les règles de calcul et les modalités de versement des dépenses du service prises en charge par la collectivité, ainsi que le ou les exercices auxquels elles se rapportent. En aucun cas, cette prise en charge ne peut se traduire par la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement.

+ Question : une régie personnalisée en charge de la gestion d'un SPIC peut-elle percevoir des subventions d'autres collectivités ?

Oui. Si, en principe, la régie ne peut recevoir de subventions d'équilibre de sa collectivité de rattachement, rien ne s'oppose, en revanche, à ce qu'elle reçoive des subventions d'autres collectivités.

En outre, conformément à l'article R. 2221-42 du CGCT, la régie est autorisée à :

- acquérir, sur délibération de son conseil d'administration, des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe ;
- contracter des emprunts auprès de tous organismes prêteurs et auprès des particuliers.

+ Question : le conseil d'administration de la régie personnalisée doit-il délibérer sur l'acceptation des dons que cette dernière perçoit ?

Contrairement aux dispositions législatives applicables aux communes (art. 2242-1 du CGCT), aux départements (art. L.3213-6 du CGCT) et aux régions (art. 4221-5 du CGCT) qui impose à l'organe délibérant de la collectivité de statuer sur l'acceptation des dons et legs qui lui sont consentis, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au conseil d'administration de la régie personnalisée de prendre une telle délibération.

Dans le silence des textes, il serait opportun que les statuts de la régie personnalisée prévoient une telle procédure.

En tout état de cause, le conseil d'administration de la régie étant compétent pour délibérer sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie, il y a lieu de considérer, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, que l'acceptation des dons et legs par la régie personnalisée ne pourra intervenir que sur délibération de son organe délibérant.

+ Question : la régie personnalisée peut-elle bénéficier du régime du mécénat ?

Oui, dans les conditions de droit commun.

II | Le régime du personnel

Le personnel de la régie peut être scindé en deux catégories :

- d'abord, le personnel recruté par la régie ;
- ensuite, le personnel de la collectivité de rattachement affecté à la régie.

1- S'agissant des agents recrutés directement par la régie, ils sont, à l'exception du directeur et de l'agent comptable (sous réserve qu'il ait la qualité de comptable public) individuellement dans une situation de droit privé.

Le personnel directement recruté par la régie est donc soumis au droit du travail. Ils ont la qualité de salarié et sont liés à la régie personnalisée par un contrat de travail.

Excepté le cas du directeur de la régie personnalisée, un fonctionnaire ne pourra être recruté directement par la régie personnalisée qu'après avoir été mis en disponibilité dans les conditions prévues aux articles 72 et suivants la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (Rép. Min. du Ministère de la Réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la fonction publique, Q. n° 46683, JO AN du 31 mars 2015, p. 2495).

2 - S'agissant des agents de la collectivité territoriale de rattachement affectés à la régie, plusieurs modalités d'affectation peuvent être utilisées :

- **recours à la mise à disposition** prévue aux articles 61 et suivants de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale : la mise à disposition est la situation de l'agent public qui demeure dans son cadre d'emplois ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce ses fonctions hors du service où il a vocation à servir (la mise à disposition ne peut avoir lieu qu'avec l'accord de l'agent et doit être prévue par une convention conclue entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil).
- **recours au détachement** prévu aux articles 64 et suivants de la loi du 26 janvier 1984 précitée : le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emploi, emploi ou corps d'origine mais continuant à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite (le détachement est prononcé sur la demande du fonctionnaire, il est de courte durée ou de longue durée et est révocable. Le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement).

+ Question : une régie personnalisée peut-elle recourir à des bénévoles ?

Exception faite du directeur de la régie personnalisée qui ne peut être bénévole, la régie personnalisée peut recourir à des bénévoles.

Ces derniers seront alors assimilés à des collaborateurs occasionnels du service public.

III | Les achats de la régie personnalisée

A - Les régies personnalisées sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015

Les régies personnalisées, qu'elles soient chargées de la gestion d'un SPA ou de celle d'un SPIC, sont des personnes morales de droit public.

A ce titre, elles constituent des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (cf. Art. 10 de l'ordonnance).

Par conséquent, les achats des régies personnalisées en matière de travaux, de services ou de fournitures doivent être réalisés dans le respect des règles de la commande publique.

Ce faisant, tant l'ordonnance du 23 juillet 2015 que son décret d'application n° n° 2016-360 du 25 mars 2016 organisent les procédures de passation dans le cadre desquelles les pouvoirs adjudicateurs concluront leurs marchés publics (obligations de publicité et de mise en concurrence préalables).

A défaut de respecter leurs obligations préalables de mise en concurrence et de publicité, les régies personnalisées s'exposent à des sanctions de diverses natures :

- les contrats conclus pourraient être annulés par le juge administratif ;
- les régies pourraient engager leur responsabilité administrative et être condamnées à verser à un concurrent du cocontractant des régies (lésé par l'attribution irrégulière du contrat) des dommages et intérêts ;
- les régies pourraient se voir infliger des sanctions pénales en application de l'article 432-14 du Code pénal qui réprime le délit de favoritisme¹, la simple méconnaissance des règles de publicité et de mise à concurrence caractérisant à elle seule ce délit.

Seuils applicables à la passation des marchés de services et de fournitures² :

		SEUILS	0 € - 25 000 € HT	25 000 € - 90 000 € HT	90 000 € - 209 000 € HT	> 209 000 € HT
POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, LEURS ÉTABLISSEMENTS, LEURS GROUPEMENTS ET AUTRES ACHETEURS	PROCÉDURE	ABSENCE DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE	PROCÉDURE ADAPTÉE	PROCÉDURE ADAPTÉE	PROCÉDURES FORMALISÉES	
					Appel d'offres	
					Procédures concurrentielles avec négociation (art. 71 et suivants du décret du 25 mars 2016)	
					Dialogue compétitif (art. 75 et suivants)	
				Autres techniques particulières d'achat (marchés publics à tranche, accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamique, enchères et catalogues électroniques, concours)		

PROCÉDURE ADAPTÉE POUR LES marchés de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'article 28* et pour les marchés publics de services juridiques de représentation visés à l'article 29 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

* Cf. Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques du 27 mars 2016

¹ Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal, le délit de favoritisme est défini comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public », ce délit étant puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

² Les seuils de passation des marchés publics peuvent différer selon la nature de l'acheteur (Etat, collectivités, établissements publics, etc.) et selon la nature de la prestation objet du marché (travaux, services, fournitures).

Seuils applicables à la passation des marchés de travaux :

		SEUILS	0 € - 25 000 € HT	25 000 € - 90 000 € HT	90 000 € - 5 225 000 € HT	> 5 225 000 € HT
TOUT ACHETEUR	PROCÉDURE	ABSENCE DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE	PROCÉDURE ADAPTÉE	PROCÉDURE ADAPTÉE	PROCÉDURES FORMALISÉES	
					Appel d'offres	
					Procédures concurrentielles avec négociation (art. 71 et suivants du décret du 25 mars 2016)	
					Dialogue compétitif (art. 75 et suivants)	
					Marchés publics globaux	
PROCÉDURE ADAPTÉE POUR LES MARCHES DE SERVICES SOCIAUX ET AUTRES SERVICES SPECIFIQUES visés à l'article 28* et pour les marchés publics de services juridiques de représentation visés à l'article 29 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016						
*Cf. Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques du 27 mars 2016						

B - La mutualisation des achats : les achats groupés par la constitution de groupements de commande

Dans une logique de rationalisation de leurs dépenses, les régies personnalisées peuvent se regrouper afin de mutualiser leurs achats en matière de travaux, de services ou de fournitures.

A cette fin, elles peuvent créer des groupements de commandes dont les modalités de création et de fonctionnement sont précisées par l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ou recourir à une centrale d'achats existante.

Outre une rationalisation des achats par la réalisation d'économies d'échelle, la constitution d'un groupement de commandes permet aux petites structures de disposer des compétences techniques, juridiques et financières nécessaires à la passation de leurs marchés publics.

1. Modalités de création d'un groupement de commandes

Un groupement de commandes peut désormais être constitué entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, **à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par ladite ordonnance** ou entre pouvoirs adjudicateurs d'autres Etats membres de l'Union européenne

+ **Remarque** : au sein de la FEDELIMA, toutes les structures gestionnaires de lieux de musiques actuelles ne sont pas nécessairement des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance. Tel devrait, en principe, être le cas s'agissant des associations¹.

Toutefois, les associations gestionnaires de lieux de musiques actuelles pourraient constituer un groupement de commandes avec les régies personnalisées ou encore les EPCC.

La création d'un groupement de commandes implique la conclusion, entre les membres dudit groupement, **d'une convention constitutive** qui en définit les règles de fonctionnement (durée du groupement, achats confiés au groupement, désignation d'un ou plusieurs coordonnateurs, etc.).

En particulier, la convention constitutive peut désigner l'un ou plusieurs des membres du groupement comme coordonnateur, ce dernier se voyant confier la mission de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

2. Le rôle du coordonnateur du groupement et la responsabilité de chacun des membres du groupement

Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés (mission confiée au coordonnateur), ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

En revanche, lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte de chacun des membres, ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement.

Dans cette dernière hypothèse, chaque membre est alors seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

C - L'adaptation de la règle du service fait aux évolutions du secteur numérique

En principe, le paiement d'une dépense publique intervient après l'émission de l'ordre de payer donné par l'ordonnateur et après que le service objet de dette de la personne publique ait été réalisé par le prestataire et constaté par les services ordonnateurs.

Aux termes de l'article 33, alinéa 2 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, « *sous réserve des exceptions prévues par les lois et règlements, le paiement ne peut intervenir avant l'échéance de la dette, l'exécution du service, la décision individuelle d'attribution d'allocations ou la décision individuelle de subvention. Toutefois, des avances et acomptes peuvent être consentis aux personnels, aux entrepreneurs et fournisseurs ainsi qu'aux bénéficiaires de subventions.* »

Il s'agit du principe dit du « paiement après service fait ».

¹ Une association peut être qualifiée de pouvoir adjudicateur si trois conditions sont réunies : l'association a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

Toutefois, les usages du commerce imposant parfois que le paiement d'un bien ou d'une prestation se réalise à la commande (tel est le cas par exemple des achats effectués sur Internet), un arrêté en date du 16 février 2015 (NOR: FCPE1430400A) précise les dépenses des collectivités et de leurs établissements publics pouvant être payées avant service fait.

En outre, les conditions selon lesquelles les dépenses des collectivités territoriales et leurs établissements publics, y inclus les régies personnalisées, peuvent être payées avant service fait ont été explicitées par la Direction générale des finances publiques dans une instruction du 6 octobre 2015 (BOFIP-GCP-15-0005 du 14/10/2015 - NOR : FCPE1523831J).

Deux catégories de dépenses sont concernées :

- les avances pouvant être versées en application de dispositions légales et réglementaires;
- les dépenses payables avant « service fait » prévues par l'arrêté.

1. S'agissant des avances pouvant être versées en application de dispositions légales et réglementaires

Sans que la liste ci-après soit exhaustive, il est possible de citer :

- les avances accordées dans le cadre des marchés publics qui procèdent d'un paiement avant service fait ;
- les avances versées à un mandataire pour le paiement de certaines dépenses des collectivités territoriales et de leurs établissements publics lorsque la convention de mandat en prévoit la possibilité ;
- les cotisations d'assurances (cf. art. L. 113-2 et L. 113-3 du code des assurances).

2. S'agissant des dépenses payables avant « service fait » prévues par l'arrêté

Ces dépenses sont prévues par l'article 7 de l'arrêté du 16 février 2015.

Il s'agit notamment :

- les locations immobilières ;
- les fournitures d'eau, de gaz et d'électricité ;
- les abonnements à des revues et périodiques ;
- les achats d'ouvrages et de publications ;
- **les fournitures d'accès à internet et abonnements téléphoniques ;**
- **les droits d'inscription à des colloques, formations et événements assimilés ;**
- **les contrats de maintenance de matériel ;**
- les acquisitions de logiciels ;
- les acquisitions de chèques-vacances, chèque déjeuner et autres titres spéciaux de paiement ;
- les prestations de voyage ;
- les fournitures auprès de prestataires étrangers lorsque le contrat le prévoit ;
- **les achats réalisés sur internet par l'intermédiaire d'une régie d'avances.**

IV | Lien avec les usagers

Les taux de redevances dues par les usagers de la régie sont, conformément à l'article R. R. 2221-38 du CGCT, fixés par le conseil d'administration. Ils doivent être établis de manière à assurer l'équilibre financier de la régie dans les conditions prévues aux articles L. 2224-1, L. 2224-2 et L. 2224-4 du CGCT.

+ Remarque : conformément au principe d'égalité des usagers du service public, le conseil d'administration de la régie pourra prévoir des tarifs différenciés et adaptés à différentes catégories d'usagers.

V | L'éligibilité des régies personnalisées au mécénat

Le mécénat constitue « *un partenariat permettant, d'une part, à une entreprise d'associer son nom à un projet d'intérêt général et, d'autre part, à une institution de collecter des fonds privés en vue de sa réalisation*¹ ».

Juridiquement, il se définit comme « *le soutien matériel apporté sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une oeuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général* » (cf. Arrêté du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière).

En pratique, le soutien matériel apporté peut prendre plusieurs formes : don en numéraire (mécénat numéraire), don ou prêt de biens mobiliers ou immobiliers (mécénat en nature), mise à disposition à titre gracieux de moyens humains destiné à faire profiter un organisme de leur savoir-faire (mécénat de compétences).

A - Le recours au mécénat par les régies personnalisées

Aux termes de l'article 238, e) bis du CGI, ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % de leur montant les versements, pris dans la limite de 5 pour mille du chiffre d'affaires, effectués par les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés au profit « *d'organismes publics ou privés, y compris de sociétés de capitaux dont les actionnaires sont l'Etat ou un ou plusieurs établissements publics nationaux, seuls ou conjointement avec une ou plusieurs collectivités territoriales, dont la gestion est désintéressée et qui ont pour activité principale la présentation au public d'oeuvres dramatiques, lyriques, musicales, chorégraphiques, cinématographiques et de cirque ou l'organisation d'expositions d'art contemporain, à la condition que les versements soient affectés à cette activité.* »

Par une instruction fiscale BOI 4 C-5-04 n°112 du 13 juillet 2004 relative aux mesures visant à encourager le mécénat d'entreprises, l'Administration fiscale est venue préciser les conditions aux termes desquelles les organismes publics ou privés dont la gestion est désintéressée et qui ont pour activité la présentation au public de spectacles vivants ou cinématographiques peuvent être éligibles au mécénat.

Ces conditions portent sur :

- la nature de l'organisme concerné ;
- l'activité exercée par l'organisme ;
- l'affectation des dons.

1. S'agissant des conditions tenant à la nature de l'organisme

a. *Les organismes éligibles au mécénat sur le fondement de l'article 238, e) du CGI*

L'Administration fiscale considère, à propos des organismes publics qu'il peut s'agir notamment des opéras, des théâtres ou encore des orchestres constitués sous forme de régie ou d'établissement public national ou local dont la gestion est désintéressée. S'agissant des organismes privés, il peut s'agir d'associations ou encore de fondations.

b. *Pour être éligible, l'organisme doit avoir une gestion désintéressée*

L'Administration fiscale relève que « la notion de gestion désintéressée s'apprécie selon les conditions précisées à l'article 261, 7, 1°, d) du CGI. »

¹ B. KOEBEL, « Mécénat d'entreprise et marchés publics : éviter le mélange des genres », La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 43 octobre 2013.

Un organisme sera géré de façon désintéressée si trois conditions sont réunies :

1. L'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation.

En principe, la gratuité de la gestion implique que les dirigeants (directeur, membres du conseil d'administration) renoncent à toute forme de rémunération. Toutefois, le versement de rémunérations aux dirigeants d'une association ne fait pas obstacle au caractère désintéressé de la gestion si les rémunérations sont proportionnées aux ressources de l'association et constituent la contrepartie des sujétions effectivement imposées aux dirigeants dans l'exercice de leur mandat (CE, 2 octobre 2006, Association Acoonex, n° 281286).

2. l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, sous quelle que forme que ce soit ;

3. les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports.

Sous réserve que les régies personnalisées gérant des lieux de musiques actuelles aient une gestion désintéressée, ces dernières remplissent les conditions tenant à la nature de l'organisme.

2. S'agissant des conditions tenant à l'activité exercée

La présentation au public de spectacles vivants ou cinématographiques doit constituer l'activité principale de l'organisme.

En cas de pluralité d'activité, le caractère principal s'apprécie en fonction de critères tant physiques (affectation des locaux, du personnel) que financiers (part du chiffre d'affaires générée par l'activité).

3. S'agissant des conditions tenant à l'affectation des dons

Le bénéfice du dispositif du mécénat est subordonné à l'affectation des dons à l'activité de présentation au public d'oeuvres dramatiques, lyriques, musicales, chorégraphiques, cinématographiques et de cirque ou l'organisation d'expositions d'art contemporain.

+ Sous réserve de remplir les conditions précitées, les régies personnalisées gérant des lieux de musiques actuelles pourraient être éligibles au dispositif du mécénat.

B - Les relations entre mécénat et marchés publics

1. En principe, le mécénat ne constitue pas un marché public

Aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics sont définis comme des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Dès lors que le mécène ne tire en principe aucune contrepartie directe du soutien matériel qu'il apporte au bénéficiaire, l'opération de mécénat se distingue d'un marché public (et du

parrainage¹) dans lequel les cocontractants trouvent une contrepartie directe (la réponse à un besoin pour l'acheteur ; une contrepartie financière pour l'opérateur économique).

2. Il existe toutefois un risque de requalification de l'opération de mécénat en marché public

Le risque de requalification de l'opération de mécénat en marché public existe principalement dans deux hypothèses :

- d'une part, lorsque l'opération de mécénat prévoit, au profit du mécène, l'octroi d'une contrepartie par le bénéficiaire (a) ;
- d'autre part, lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de faire du mécénat un critère de jugement des offres ou une condition d'exécution d'un marché public (b).

a. Le risque de requalification lié à la valorisation de la contrepartie

Ce qui compte avant tout, c'est précisément l'intention libérale. Tant que celle-ci est caractérisée, mise en avant, le don peut être caractérisé.

Cela n'exclut pas que le donateur puisse bénéficier d'avantages de la part du bénéficiaire du don.

C'est ainsi que **le législateur** a prévu qu'une action de mécénat peut tout à fait prévoir que le nom de l'entreprise versante sera associé aux opérations réalisées par ces organismes (cf. article 238 *bis* 1 a) du CGI).

Pour rendre le dispositif fiscal du mécénat plus attractif, l'Administration fiscale a manifesté une tolérance en prévoyant que les personnes – physiques ou morales – qui consentent des dons peuvent, dans une certaine limite, bénéficier d'avantages allant au-delà d'une simple mention du nom du mécène.

La doctrine fiscale reste cependant relativement imprécise dès lors qu'il s'agit de définir les conditions dans lesquelles un don qui ouvrirait droit à des contreparties au bénéfice de l'entreprise versante est assimilable à un don consenti sans contrepartie.

Ainsi, l'instruction du 13 juillet 2004 se limite à énoncer que « *le bénéfice du dispositif en faveur du mécénat ne sera remis en cause que **s'il n'existe pas une disproportion marquée** entre les sommes données et la valorisation de la « prestation » rendue à l'organisme* ».

Pour sa part, l'instruction 4-C-2-00 du 5 mai 2000 précise qu'il sera considéré que « *l'association du nom de l'entreprise versante aux opérations réalisées par l'organisme relève du mécénat si elle se limite à la mention du nom du donateur, quel que soit le support de la mention (logo, sigle...) et la forme du don, à l'exception de tout message publicitaire* ».

Enfin, il convient de souligner que l'instruction 5 B-17-99 du 4 octobre 1999 assimile à une absence de contrepartie :

- les contreparties institutionnelles ou symboliques (par exemple, association du nom de l'entreprise versante)² ;
- les contreparties prenant la forme d'un bien lorsque ces derniers ont une faible valeur et présentent une disproportion marquée avec le montant du versement (**rapport de un à quatre**).

¹ Dans le même sens et pour la même raison, le mécénat se distingue également du parrainage, lequel est défini comme « un soutien matériel apporté à une manifestation, une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct » (Arrêté du 6 janvier 1989).

² Comme nous avons pu le constater ci-dessus, ceci a été repris par le législateur.

Pour les prestations de services, cette instruction précise que « *l'accès à des prestations de services ne sera pas considéré comme une contrepartie susceptible de faire obstacle à l'octroi de l'avantage fiscal dès lors que ce service est offert, en droit comme en fait, à l'ensemble du public susceptible d'en bénéficier, sans considération de la qualité de cotisant ou de demandeur du donateur* ».

Sur le fondement de ces deux dernières instructions il est généralement considéré que l'existence d'un ratio de un à quatre entre un don et des contreparties permet de bénéficier de la réduction d'impôt prévue à l'article 238 bis du CGI.

Cette « règle », largement admise en pratique (des institutions comme le Musée du Louvre ou le Centre Pompidou la pratiquent sans que cela ait fait l'objet d'observations), ne ressort pas clairement des textes où le rapport de un à quatre n'est explicitement mentionné que pour les biens de faible valeur.

On peut relever que dans son rapport public de mars 2011 sur les musées nationaux, la Cour des comptes reprend ce rapport de un à quatre en indiquant qu'il a été autorisé par l'instruction fiscale du 13 juillet 2004 (cf. page 63 du rapport « *Les musées nationaux après une décennie de transformation* »).

Il semble donc bien qu'il existe un véritable consensus autour de ce rapport.

En réalité, cette « règle » des 25% n'est qu'une illustration pratique du principe selon lequel (tant en matière civile que fiscale) un acte à titre gratuit peut donner lieu à des contreparties dès lors que celles-ci sont sans proportion avec le montant donné.

Sur le plan technique, le mécénat suppose avant tout une intention libérale, intention qui ne doit pas être contredite par le niveau des contreparties offertes. C'est pourquoi la rédaction de vos conventions de mécénat doit être revue afin de mieux marquer cette intention libérale, les contreparties n'étant, en droit, qu'un accessoire.

Cela étant, et parce qu'une doctrine fiscale n'est opposable à l'Administration qu'autant que le contribuable s'en prévaut, il est plus sécurisant de mentionner expressément dans les conventions de mécénat que la collectivité se fonde sur l'instruction du 13 juillet 2004 pour accorder des avantages dans la limite de 25 % de la valeur du don reçu.

b. Le risque de requalification lié à la passation ou à l'exécution des marchés publics

Aucune disposition n'interdit à une entreprise mécène d'un pouvoir adjudicateur de se porter candidate aux marchés passés par ce dernier.

Toutefois, afin de respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats (lequel constitue l'un des principes fondamentaux de la commande publique), aucune préférence ne peut être accordée à l'entreprise mécène qui candidate à l'attribution d'un marché public au motif qu'elle serait également mécène du pouvoir adjudicateur ou qu'elle envisagerait de le devenir.

Dans le même sens, une entreprise ne peut pas conditionner l'opération de mécénat à la promesse, faite par un pouvoir adjudicateur, d'obtenir des marchés futurs.

+ Remarque : à cet égard, il est souhaitable que les pouvoirs adjudicateurs distinguent leur stratégie d'achats de leur politique de mécénat afin d'éviter tout conflit d'intérêt.

+ Relevons par exemple la charge éthique du Musée du Louvre encadrant ses relations avec les entreprises.

Cette charte prévoit notamment que « *le musée du Louvre se réserverait la possibilité de ne pas accepter le mécénat ou le parrainage d'une entreprise qui participerait (ou aurait participé récemment) à une mise en concurrence préalable à la passation d'un marché public, que le sujet du parrainage ou du mécénat éventuel ait un lien direct ou non avec l'objet du marché.* »

VI | Les subventions versées par les régies personnalisées

Aux termes de l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, les subventions sont définies comme « *les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en oeuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.* »

En outre, l'article 9-1 précise que ces contributions ne peuvent « *constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent.* » (cf. Annexe 2 : Critères de distinction entre le marché public et la subvention).

+ Cela étant, les régies personnalisées gérant un SPIC pourront donc accorder des subventions à des organismes privés tels que des associations dès lors que ces subventions seront justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire.

+ Question : un EPIC peut-il accorder des dons à une association ?

Non. En tant que personne morale de droit public, un EPIC ne peut pas accorder de dons à une association en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques d'accorder des libéralités.

Seul le versement d'une subvention en vertu de l'article 9-1 précité est possible.

VII | Contrôles de la régie personnalisée

A l'instar de toutes les régies municipales, les régies personnalisées sont soumises, dans toutes les parties de leur service, aux vérifications des corps d'inspection habilités à cet effet (cf. art. L. 2221-6 du CGCT).

Aux termes de l'article R. 2221-12 du CGCT, il s'agit :

- l'inspection générale de l'administration,
- l'inspection générale des finances,
- l'inspection générale des affaires sociales
- avec le concours, le cas échéant, des inspections ministérielles intéressées.



Note complémentaire

+ SOMMAIRE

PROPOS LIMINAIRES p.48

- I. ATTRIBUTION DU CARACTÈRE INDUSTRIEL ET COMMERCIAL ET PERCEPTION DE SUBVENTIONS p.49
- II. PRÉSENCE D'USAGERS DANS LE CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC LOCAL ? p.50
- III. INCIDENCES DE LA DISSOLUTION DE LA COLLECTIVITÉ DE RATTACHEMENT SUR L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC LOCAL p. 51
- IV. PÉRIMÈTRE DE DÉCISION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET AUTONOMIE DE L'EPIC p. 51
- V. AUTONOMIE DU DIRECTEUR ET COMPÉTENCES DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'EPIC p.52
- VI. L'AGENT COMPTABLE p.52
- VII. VOTE DU BUDGET p.52
- VIII. RÉGIES DE RECETTES, D'AVANCES, ET DE RECETTES ET D'AVANCES p.52
- IX. RÉGIME FISCAL APPLICABLE p.53
- X. ENTRÉE DANS LE CAPITAL D'UNE ENTREPRISE p.54
- XI. MARCHÉ PUBLIC – GROUPEMENT DE COMMANDES, DÉPENSES DANS LES RÉGIES D'AVANCES, ETC. p.55

PROPOS LIMINAIRES

A la demande de la Fédération des Lieux de Musiques Actuelles (FEDELIMA), fédération nationale rassemblant plus d'une centaine de lieux et projets dédiés aux musiques actuelles, le Cabinet d'avocats Baron, Aidenbaum & Associés a réalisé en 2016 une étude sur les lieux de musiques actuelles gérés par des établissements publics locaux à caractère industriel et commercial (ci-après dénommés « **EPIC** »).

L'objet de cette étude était de clarifier le statut et le régime juridique des EPIC en tant que mode de gestion, tout en positionnant celui-ci au regard d'autres modes de gestion tels que le groupement d'intérêt public (ci-après dénommé « **GIP** ») ou l'établissement public de coopération culturelle (ci-après dénommé « **EPCC** »).

Après avoir rappelé les grands principes applicables aux EPIC et EPCC à caractère industriel et commercial, étaient successivement abordées l'organisation administrative, budgétaire et financière des EPIC ainsi que leurs modalités de fonctionnement (régime du personnel, des achats, du mécénat, etc.).

A l'issue d'une réunion rassemblant la Fédération et plusieurs de ses adhérents (ayant opté pour une gestion sous forme d'EPIC ou de régie directe), la FEDELIMA a souhaité disposer d'un certain nombre de précisions sur les points abordés dans notre étude (cf. annexe 3).

Tel est l'objet de la présente note, étant précisé que toutes les questions posées ne pourront être traitées dès lors qu'elles nécessiteraient une étude complémentaire spécifique ou une étude au cas par cas (tel est le cas par exemple de vos interrogations sur le contrat de directeur d'un établissement public).

Par souci de clarté, les intitulés des questions proposées (cf. annexe 3) ont été repris.

I | Attribution du caractère industriel et commercial et perception de subventions

1 - La qualification du service public : caractère administratif ou caractère industriel et commercial

Notre étude qui repose, par définition, sur des cas abstraits comporte une analyse développée de la question de la distinction entre le caractère administratif (SPA) et le caractère industriel et commercial (SPIC) des établissements publics locaux, tant s'agissant des critères de distinction SPA/SPIC que des conséquences attachées à cette qualification.

Une analyse plus détaillée supposerait d'analyser au cas par cas un équipement culturel spécifique géré sous forme d'établissement public local (analyse de ses statuts, de ses documents comptables, de ses activités, etc.).

Cela étant, deux séries de précisions peuvent être apportées :

- en premier lieu, la question de la distinction SPA/SPIC est ouverte (voir en ce sens : CAA Nancy, 14 février 2013, req. n° 12NC00781 à propos de la création du Centre Pompidou-Metz sous forme d'EPCC à caractère industriel et commercial).
- en second lieu, deux niveaux de risque sont attachés à la qualification SPA/SPIC d'un établissement public local (et, plus généralement, du service public lui-même) :
 - lors de la création de l'équipement et de la qualification du service public : au niveau du contrôle de légalité ;
 - après sa création, en cas de contestation (par exemple, intervention du préfet ou en cas de contestation d'un salarié), ce qui implique en amont d'avoir, au regard des critères jurisprudentiels de distinction SPA/SPIC, développé des arguments en faveur de la qualification retenue (ce qui implique notamment de porter une attention particulière à la rédaction de l'objet social de l'équipement).

2 - Service public à caractère industriel et commercial et subventions

Comme indiqué dans notre étude (cf. p. 6 de notre étude), l'article 1-2 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles prévoit expressément que « *les entreprises de spectacles vivants peuvent être subventionnées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions* ».

Il s'agit là d'une première exception à l'obligation pour un EPIC d'être équilibré en recettes et en dépenses.

En tout état de cause, les communes peuvent, en application de l'article L. 2224-2 du Code général des collectivités territoriales (ci-après dénommé « **CGCT** ») et par dérogation à l'obligation précitée, prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des SPIC, d'une part, lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement (hypothèse dans laquelle la collectivité impose des obligations de service public, par exemple en termes d'horaires d'ouverture de l'équipement ou de politique tarifaire) et, d'autre part, lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'utilisateurs, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs.

3 - L'EPCC en tant que mode de gestion : un outil à privilégier ?

L'EPCC et l'établissement public local – autrement dit la régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière – ont pour point commun de constituer des modes de gestion externalisés, c'est-à-dire distincts de leurs collectivités de rattachement et dotés de leurs propres organes décisionnels.

Toutefois, alors que l'établissement public local constitue un mode de gestion mono-rattaché (rattaché à une seule collectivité), l'EPCC constitue un outil de coopération entre plusieurs collectivités.

Dès lors, pour créer un EPCC, il sera nécessaire de réunir plusieurs collectivités autour d'un projet artistique et culturel commun, ce dernier traduisant **un partenariat durable** entre ces collectivités.

+ Remarque : la question de la coopération entre plusieurs personnes publiques est à distinguer de la possibilité pour une collectivité de subventionner un équipement culturel.

Il n'est donc pas possible d'envisager qu'une agglomération porte seule la création d'un EPCC en considérant que plusieurs collectivités sont associées à sa création via cette intercommunalité.

Aux termes de l'article L. 1431-1 du CGCT, « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent constituer avec l'Etat et les établissements publics nationaux un établissement public de coopération culturelle chargé de la création et la gestion d'un service public culturel **présentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause et contribuant à la réalisation des objectifs nationaux dans le domaine de la culture.** [...] ».*

Dans ces conditions, une commune et un EPCI dont cette dernière serait membre pourraient créer un EPCC dès lors que chacun y aurait un intérêt. Tel serait le cas par exemple dans l'hypothèse où serait confié à l'EPCC plusieurs équipements culturels (certains étant intercommunaux et d'autres communaux – tel est le cas de l'EPCC « La Barcarolle – Spectacle vivant Audomarois ») ou encore dans l'hypothèse où l'EPCC serait en charge de la gestion d'une manifestation culturelle communale (un festival notamment) et d'un équipement intercommunal ou inversement.

II | Présence d'usagers dans le conseil d'administration d'un établissement public local ?

Les dispositions législatives et réglementaires encadrant les modalités d'organisation et de fonctionnement des régies personnalisées n'interdisent pas expressément la présence d'usagers au sein de leurs conseils d'administration.

La délibération de la collectivité de rattachement portant création de l'établissement public local et fixant ses modalités d'organisation administrative et financière pourra ainsi prévoir au titre des catégories de personnes siégeant au sein du conseil d'administration et qui n'appartiennent pas à l'organe délibérant de la collectivité de rattachement la présence d'usagers (cf. Art. R. 2221-4 du CGCT).

Les représentants des usagers siégeant au sein du conseil d'administration devront être désignés par l'organe délibérant de la collectivité sur proposition de son président (le maire

s'agissant du conseil municipal) (cf. Art. R. 2221-5 du CGCT), la seule obligation étant que les représentants de la collectivité de rattachement soient majoritaires au sein du conseil d'administration (cf. Art. R. 2221-6).

III | Incidences de la dissolution de la collectivité de rattachement sur l'établissement public local

1 - Périmètre de décision du conseil d'administration de l'établissement public et période électorale

Il n'est pas possible d'anticiper une période de réserve.

IV | Périmètre de décision du conseil d'administration et autonomie de l'EPIC

1 - Articulation entre les compétences du conseil d'administration et celles du directeur

Aux termes de l'article R. 2221-18 du CGCT, « *le conseil d'administration délibère sur toutes les questions intéressant le fonctionnement de la régie* ».

L'article R. 2221-18 du CGCT précise, s'agissant des EPIC, les compétences du directeur, lequel est chargé d'assurer sous l'autorité et le contrôle du président du conseil d'administration le fonctionnement de la régie.

Il en résulte que le conseil d'administration dispose de la compétence de principe et que le directeur ne dispose que de compétences d'attribution.

Toutes les décisions non attribuées expressément au directeur relèvent donc de la compétence du conseil d'administration, étant précisé que ce dernier ne peut déléguer l'une de ses compétences au directeur sans un texte l'y habilitant expressément.

En tant que représentant légal d'un EPIC, le directeur peut, sans autorisation préalable du conseil d'administration, prendre tout acte conservatoire des droits de la régie (cf. Art. R. 2221-22 du CGCT). Il peut par ailleurs passer sans autorisation du conseil d'administration les contrats dont le montant est inférieur à une somme fixée par le conseil (cf. Art. R. 2221-23).

Le directeur dispose en outre de compétences qu'il exerce sur autorisation (ester en justice, conclure des transactions) ou sur délégation (passer les marchés relevant d'une procédure adaptée, créer des régies d'avances, de recettes et d'avances et de recettes, etc.).

2 - Assistance matérielle de la collectivité de rattachement

La collectivité de rattachement d'un EPIC peut lui apporter un appui logistique sans prendre de risque. Toutefois, soit cet appui est refacturé à la régie (il nécessitera la conclusion d'une convention sans publicité ni mise en concurrence en application de l'exception « in house » prévue à l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, soit il sera gratuit (et ne constituera donc pas un marché).

V | Autonomie du directeur et compétences du conseil d'administration de l'EPIC

1 - Compétence du directeur en matière de subvention

Le directeur ne peut solliciter le versement d'une subvention sans autorisation du conseil d'administration.

2 - Compétence du directeur en matière de ressources humaines

Le directeur est compétent pour fixer les rémunérations et les primes des salariés de l'EPIC dans la limite de ce qu'a prévu le conseil d'administration. Il ne peut pas davantage créer de poste sans délibération du conseil d'administration.

3 - Election du directeur au sein d'un organisme extérieur

Il convient de distinguer deux situations :

- soit le directeur de l'EPIC siège au sein d'un organisme extérieur en tant que représentant de la régie : dans ce cas, il devrait en principe être autorisé par une délibération du conseil d'administration (sauf mention contraire dans les statuts),
- soit il siège en tant que personnalité qualifiée et non en tant que représentant légal de l'EPIC : dans ce cas, une délibération préalable du conseil d'administration n'est pas requise.

VI | L'agent comptable

L'agent comptable est indépendant. Il ne peut pas être sanctionné par le directeur, ordonnateur de l'EPIC (principe de séparation du comptable public et de l'ordonnateur).

VII | Vote du budget

Les régies personnalisées chargées de l'exécution d'un SPIC n'ont pas l'obligation d'organiser un débat sur les orientations générales du budget préalablement à l'adoption de celui-ci.

Seuls les communes et leurs établissements publics administratifs y sont soumis (cf. Art. L. 2312-1 du CGCT), ainsi que les EPCI, les départements et les régions.

Dans l'hypothèse où un débat d'orientations budgétaires serait imposé à la régie, celui-ci devrait, à l'instar de ce qui est prévu pour les communes, faire l'objet d'une délibération spécifique prenant acte de ce débat et être organisé dans un délai de deux mois précédant l'examen du budget.

VIII | Régies de recettes, d'avances, et de recettes et d'avances

1 - Régies d'avances et dépenses

Aux termes de l'article R. 1617-11 du CGCT, sauf dérogation accordé par le ministre chargé du budget, peuvent seuls être payés par l'intermédiaire d'une régie d'avances :

- 1° les dépenses de matériel et de fonctionnement non comprises dans un marché public passé selon une procédure formalisée et dans la limite d'un montant fixé par arrêté du ministre chargé du budget (cf. Art. 1er de l'arrêté du 19 décembre 2005 relatif au montant par opération des dépenses de matériel et de fonctionnement et d'acquisition de spectacles payables par l'intermédiaire d'un régisseur d'avances : 2.000 euros) ;
- 2° les rémunérations des personnels payés sur une base horaire ou à la vacation ainsi que les charges sociales y afférentes ;
- 3° Au titre du mois au cours duquel les agents entrent au service des collectivités locales, de leurs établissements publics ou le quittent, les rémunérations desdits agents ;
- 4° Les secours ;
- 5° Les avances sur frais de mission et de stage ou les frais de mission et de stage lorsqu'il n'a pas été consenti d'avance ;
- 6° Les remboursements de recettes préalablement encaissées par régie ;
- 7° Les acquisitions de spectacles dans la limite d'un montant fixé par arrêté du ministre chargé du budget (cf. Art. 2 de l'arrêté précité : 10.000 euros).

Etant précisé que le régisseur ne peut payer que les dépenses explicitement énumérées dans l'acte constitutif de la régie.

2 - Mandataire de régisseur et bénévolat

L'instruction codificatrice n° 06-031-A-B-M du 21 avril 2006 précise les conditions que doit satisfaire une personne pour être nommée mandataire de régisseur.

Il est ainsi précisé que :

« Peut être nommé régisseur, tout agent de la fonction publique territoriale ou hospitalière mais également toute personne physique extérieure à la collectivité ou à l'établissement public local.

Par ailleurs, pour être nommé régisseur, l'agent ou la personne physique extérieure à la collectivité ou à l'établissement public local doit être majeure et de nationalité française ou ressortissant européen.

Ainsi, des commerçants ou toutes personnes, ressortissants européens, répondant aux conditions de stabilité requises peuvent être chargés du recouvrement des recettes ou du paiement des dépenses des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics. »

Aucun texte n'interdit à un bénévole d'être nommé mandataire de régisseur (sous réserve de remplir les conditions susmentionnées de majorité, de nationalité et de stabilité).

IX | Régime fiscal applicable

La réponse de l'administration fiscale faite à la SMAC Paloma est conforme à l'instruction fiscale n° BOI-IF-CFE-10-30-10-10-20120912.

En application de l'article 1449, 1° du Code général des impôts, sont exonérés de la cotisation foncière des entreprises (CFE) « les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes de l'Etat, pour leurs activités de caractère essentiellement culturel, éducatif,

sanitaire, social, sportif ou touristique, quelle que soit leur situation à l'égard de la taxe sur la valeur ajoutée ».

Les activités exercées par les collectivités ou les établissements publics sont également exonérées de la CFE lorsqu'elles constituent l'accessoire et le prolongement indispensable de l'une des activités énumérées au 1° de l'article 1449 du CGI.

Toutefois, une même collectivité peut être exonérée pour certaines de ces activités et imposée pour d'autres. Ainsi, les activités qui présentent un caractère annexe à une activité exonérée sont imposables.

L'instruction fiscale précitée vise notamment le cas d'une commune qui est exonérée pour l'exploitation d'un terrain de camping même aménagé, ainsi que pour la vente ou la location du matériel de campeur mais qui reste passible de la CFE si elle y gère un restaurant ou un magasin de vente d'alimentation.

Par analogie avec l'exemple de la SMAC Paloma, on peut considérer que l'exploitation des bars et l'activité de location de salles de spectacle constituent des activités soumises à la CFE.

X | Entrée dans le capital d'une entreprise

Aux termes de l'article R. 2221-42 du CGCT, une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC peut acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe dans les conditions prévues à l'article L. 2253-1 du même code¹.

L'article 19 septies de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération précise par ailleurs que :

« peut être associé d'une société coopérative d'intérêt collectif toute personne physique ou morale qui contribue par tout moyen à l'activité de la coopérative, notamment toute personne productrice de biens ou de services, tout salarié de la coopérative, toute personne qui bénéficie habituellement, à titre gratuit ou onéreux, des activités de la coopérative, toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité ou toute personne publique [...].

Les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir ensemble jusqu'à 50 % du capital de chacune des sociétés coopératives d'intérêt collectif. ».

Dès lors, un EPIC pourra entrer dans le capital d'une SCIC.

Dans le cas d'une régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC, son directeur en est le représentant légal. Par conséquent, il devrait en principe être le représentant de l'établissement au sein de la SCIC.

¹ Aux termes de l'article L. 1-2253 du CGCT, il est précisé que « sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2-2253 ».

XI | Marché public – groupement de commandes, dépenses dans les régies d’avances, etc.

1 - Le conseil d’administration de la régie personnalisée doit autoriser le directeur de l’établissement à signer la convention constitutive du groupement

Aux termes de l’article R. 2221-24 du CGCT, le conseil d’administration d’une régie personnalisée SPIC peut donner délégation au directeur de l’établissement « *pour prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l’exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés selon la procédure adaptée* ».

Toutefois, il y a lieu de distinguer la convention de groupement de commandes des marchés qui seront passés dans le cadre de celle-ci. En effet, une telle convention ne peut pas être assimilée à un marché public au sens des règles de la commande publique.

Dès lors, la convention constitutive d’un groupement de commandes doit être spécifiquement approuvée par l’assemblée délibérante qui autorise son exécutif à la signer (voir en ce sens : Rép. Min. de l’intérieur, JO du 28 août 2012, page 4837).

2 - Paiement intégral en avance d’un contrat de cession de droits d’exploitation d’un spectacle ?

Par principe, le paiement intervient après service fait (cf. Art. 33 du décret n° 62-1587 d du 29 décembre 1962). L’ordonnateur doit donc certifier le service fait à l’attention de l’agent comptable.

Toutefois, par exception, certaines dépenses peuvent être payées avant service fait, dans les conditions fixées par le directeur général des finances publiques.

S’agissant des dépenses des régies personnalisées pouvant être payées avant service fait, elles sont précisées par un arrêté du 16 février 2015 fixant les dépenses des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des établissements publics de santé pouvant être payées sans ordonnancement, sans ordonnancement préalable ou avant service fait.

Aucune des exceptions prévues ne porte sur l’achat d’un contrat de cession.

Il n’est donc pas possible de payer intégralement un contrat de cession avant service fait.

3 - Délibération du conseil d’administration sur les tarifs applicables

Le conseil d’administration doit délibérer sur les tarifs applicables et peut autoriser le directeur à les modifier dans une marge de plus ou moins 5 %.

4 - Mécénat et marché public

A notre connaissance, la jurisprudence ne s’est pas, à ce jour, prononcée sur la question du cumul entre la qualité de mécène et celle de titulaire de marché public. Plus précisément, la question porte sur les modalités selon lesquelles le titulaire d’un marché public peut être mécène du pouvoir adjudicateur avec lequel il est lié dans le cadre de ce marché.

En droit, le cumul de la qualité de mécène et de titulaire de marchés publics n'est pas, par principe, illégal.

Par conséquent :

- le titulaire de marchés publics peut donc être mécène du pouvoir adjudicateur et un mécène peut, à l'inverse, candidater à l'attribution des marchés lancés par le bénéficiaire du mécénat ;
- un acheteur (pouvoir adjudicateur) ne peut pas, par principe, interdire à une entreprise qui lui apporte son soutien dans le cadre d'un mécénat d'être candidate à l'attribution de ses marchés publics.

A défaut, une telle interdiction serait contraire au principe de libre accès à la commande publique.

Toutefois, la difficulté est liée aux conditions dans lesquelles ce cumul est réalisé. En effet, la possibilité de cumuler ces deux qualités (mécène et candidat à l'attribution de marchés publics) doit être encadrée afin, d'une part, de ne pas entraîner une rupture d'égalité de traitement entre les candidats à l'attribution d'un marché (cette circonstance étant de nature à remettre en cause la passation dudit marché et à constituer un délit pénal – délit d'octroi d'avantages injustifiés) et, d'autre part, de ne pas préjudicier à l'image de l'acheteur.

Afin de limiter les risques d'annulation du marché et de condamnation pénale, l'acheteur/l'établissement public local devra assurer la transparence des procédures d'attribution de ses marchés et pouvoir prouver qu'aucune rupture d'égalité de traitement n'a été commise.

A ce titre, il veillera à :

- en amont, lors de l'acceptation du don, à ne pas accepter un don qui le lierait automatiquement à l'entreprise mécène (tel pourrait être le cas si l'établissement acceptait, dans le cadre d'un mécénat, la fourniture d'un équipement dont seul le fournisseur mécène pourrait assurer la maintenance).

+ Remarque : en tout état de cause, l'établissement devra veiller à disposer de toutes les informations (plans techniques par exemple) et de tous les droits (de propriété intellectuelle notamment) pour jouir pleinement du don.

- assurer le même niveau d'information de tous les candidats (dans l'hypothèse où l'entreprise mécène pourrait avoir accès, en raison du mécénat, à des informations particulières).
- afin de prouver que l'offre de l'attributaire était économiquement plus avantageuse et que les candidats ont été traités de manière égale, l'établissement devra assurer la traçabilité de la procédure de passation (conserver les offres de chaque candidat et établir un rapport précis d'analyse des offres).

5 - Don et subvention : quelle différence ?

La notion de don renvoie à un soutien financier ou matériel privé. Quant aux subventions, elles sont définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations comme « *les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et*

commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire ».

Formellement, il n'y a pas de différence entre un don et une subvention. Un don peut être manuel ou, à défaut, être fait par acte authentique. S'agissant des subventions versées aux organismes de droit privé, elles devront être attribuées dans le cadre d'une convention lorsque leur montant annuel est supérieur à 23.000 euros (cf. Art. 10 de la loi du 12 avril 2000 et décret n°2001-495 du 6 juin 2001).

6 - Participation d'un EPIC à une campagne de financement participatif au profit d'un groupe musical ou d'un projet ?

A notre connaissance, cette question n'a jamais été explicitement tranchée.

Comme indiqué ci-avant ainsi que dans notre étude (cf. p. 46), les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un SPIC peuvent verser des subventions « *justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire ».*

Dans ces conditions, il nous paraît possible d'admettre la participation d'un EPIC à une campagne de financement participatif au profit d'un groupe musical ou d'un projet culturel en lien avec son objet statutaire.

Toutefois, pour sécuriser juridiquement la participation financière d'un EPIC à un projet culturel, il conviendrait pour le porteur de ce projet de solliciter, dans un premier temps, les collectivités publiques et les établissements publics locaux susceptibles de verser une subvention à la réalisation du projet puis, dans un second temps, de lancer une campagne de financement participatif ouvertes aux particuliers et aux entreprises privées.

En tout état de cause, la participation de l'EPIC devra être effectuée dans le respect des règles d'attribution des subventions.

7 - Un EPIC doit obligatoirement être immatriculé au registre du commerce et des sociétés (RCS)

Aux termes de l'article L. 123-1 du Code de commerce, les « *établissements publics français à caractère industriel et commercial* » doivent être immatriculés au registre du commerce et des sociétés (RCS).

Les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière à caractère industriel et commercial sont donc soumises à cette obligation.

L'immatriculation doit être demandée au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège de l'EPIC (cf. Art. R. 123-35 du Code de commerce) dans les quinze jours de son ouverture (cf. Art. R. 123-36).



Annexes

ANNEXE 1 - Procédures de création et de dissolution de la régie personnalisée

CRÉATION DE LA RÉGIE PERSONNALISÉE

1 – L'organe délibérant de la personne publique (qu'il s'agisse des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes) est compétent pour créer, **par délibération**, une régie municipale pour l'exploitation directe (cf. Articles L. 1412-1, L. 1412-2, L. 2221-3, L. 2221-10 et R. 2221-1 du CGCT).

Contenu de la délibération portant création de la régie

La délibération portant création de la régie doit, en application de l'article R. 2221-1 du CGCT, fixer les **statuts de la régie (1)** ainsi que le **montant de sa dotation initiale (2)**.

(1) Les statuts doivent déterminer l'organisation administrative (organes dirigeants) et financière de la régie (cf. Article L. 2221-10 du CGCT).

Les statuts fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement du conseil d'administration et les modalités de quorum.

S'agissant des membres du conseil d'administration, les statuts fixent notamment :

1° Leur nombre qui ne peut être inférieur à trois ;

2° Les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisis ceux d'entre eux n'appartenant pas au conseil municipal ;

3° La durée de leurs fonctions ainsi que la durée du mandat du président et du ou des vice-présidents. Ces durées ne peuvent excéder celle du mandat municipal ;

4° Leur mode de renouvellement (cf. Article R. 2221-4).

(2) La dotation initiale de la régie représente la contrepartie des créances ainsi que des apports en nature ou en espèces effectués par la collectivité locale de rattachement, déduction faite des dettes ayant grevé leur acquisition, lesquelles sont mises à la charge de la régie.

Les apports en nature sont enregistrés pour leur valeur vénale. La dotation s'accroît des apports ultérieurs, des dons et subventions et des réserves (cf. Article R. 2221-13 du CGCT).

2 – **Avis de la commission consultative des services publics locaux** prévue à l'article L. 1413-1 (cf. Articles L. 1412-1 du CGCT s'agissant de la création des régies personnalisées en charge d'un SPIC et L. 1412-2 s'agissant des régies personnalisées en charge d'un SPA).

3 – **Le cas échéant, avis préalable du comité technique de la collectivité territoriale** (cf. Article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale).

4 – **Publicité de la délibération et transmission au contrôle de légalité** (cf. Articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT).

+ Remarque : en application de l'article L. 2221-3 du CGCT, 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.

5 - Immatriculation de la régie personnalisée au registre du commerce et des sociétés

En application de l'article L. 123-1 du Code de commerce, les établissements publics français à caractère industriel et commercial doivent être immatriculés au registre du commerce et des sociétés (ci-après « **RCS** »).

La demande d'immatriculation au RCS s'effectue au moyen d'une simple déclaration dont le contenu est fixé par les dispositions de l'article R. 123-61 du code précité.

Cette déclaration comprend notamment les indications suivantes :

- raison sociale ou sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle ;
- adresse de son siège social ;
- activités principales ;
- nom, nom d'usage, pseudonyme, prénoms, date et lieu de naissance, domicile personnel et nationalité du directeur, du président du conseil d'administration et des administrateurs.

L'immatriculation doit être demandée au RCS dans les quinze jours suivant l'ouverture de la régie personnalisée (cf. Article R. 123-36 du Code de commerce).

DISSOLUTION DE LA RÉGIE

I | Compétence de l'organe délibérant

Aux termes de l'article R. 2221-16 du CGCT, il appartient à l'organe délibérant de la personne publique qui a créé la régie personnalisée d'y mettre fin par délibération.

La suppression de la régie peut notamment être motivée par le fait que l'organe délibérant considère que le service public géré par la régie ne répond plus à un intérêt public local ou encore qu'un mode de gestion autre serait plus adapté.

Le contenu de cette délibération est fixé par l'article R. 2221-17 aux termes duquel :

« La délibération du conseil municipal décidant de renoncer à l'exploitation de la régie détermine la date à laquelle prennent fin les opérations de celle-ci. Les comptes sont arrêtés à cette date.

L'actif et le passif de la régie sont repris dans les comptes de la commune.

Le maire est chargé de procéder à la liquidation de la régie. Il peut désigner par arrêté un liquidateur dont il détermine les pouvoirs. Le liquidateur a la qualité d'ordonnateur accrédité auprès du comptable. Il prépare le compte administratif de l'exercice qu'il adresse au préfet du département, siège de la régie, qui arrête les comptes.

Les opérations de liquidation sont retracées dans une comptabilité tenue par le comptable. Cette comptabilité est annexée à celle de la commune. Au terme des opérations de liquidation, la commune corrige ses résultats de la reprise des résultats de la régie, par délibération budgétaire »

II | Initiative de l'organe exécutif pour mettre un terme au fonctionnement de la régie

Lorsque le fonctionnement d'une régie compromet la sécurité publique ou lorsque la régie n'est pas en état d'assurer le service dont elle est chargée, il appartient au directeur de la régie personnalisée chargée de la gestion d'un SPIC (ou au président du conseil d'administration lorsque la régie est chargée de la gestion d'un SPA), en vertu des articles L. 2221-17 et R. 2221-26 du CGCT, de prendre toutes les mesures d'urgence en vue de remédier à la situation en cause.

Dans cette hypothèse, l'autorité compétente rend compte des mesures prises à la prochaine réunion du conseil d'administration. A défaut, le maire peut mettre le directeur ou le président selon le cas en demeure de remédier à la situation.

Si l'atteinte à la sécurité publique persiste ou si les mesures prises se révèlent insuffisantes, l'organe exécutif de la personne publique propose à l'organe délibérant de décider la suspension provisoire ou l'arrêt définitif des opérations de la régie.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2221-16 et R. 2221-17 s'appliquent.

ANNEXE 2 - Les critères de distinction entre marché publics et subventions

	Marché public	Subvention
Objectifs	Le marché a pour objet de répondre à un besoin propre du pouvoir adjudicateur (en matière de travaux, de fournitures ou de services).	La subvention a vocation à soutenir la réalisation d'un projet d'investissement, à contribuer au développement d'un projet ou au financement global de l'activité du bénéficiaire.
Contrepartie économique	Le prix versé par le pouvoir adjudicateur constitue la contrepartie de l'objet du marché. Le prix d'un marché public correspond à la valeur économique du service rendu.	Elle n'est pas la contrepartie économique d'une prestation. La subvention en numéraire ne correspond pas à la valeur économique d'un service rendu. Le montant de la subvention ne doit pas excéder le coût de mise en oeuvre.
Critère de l'initiative	Le pouvoir adjudicateur est à l'origine du marché, celui-ci ayant pour objet de répondre à ses besoins.	Lorsque la subvention porte sur un projet ou une action spécifique, cette action ou ce projet a été initiée par le bénéficiaire de la subvention et est mené sous sa responsabilité.
Modalités d'attribution	Un marché public doit en principe être soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015. Pour attribuer un marché, le pouvoir adjudicateur doit déterminer des critères de sélection relativement précis qui limitent sa liberté de choix discrétionnaire.	L'attribution d'une subvention est discrétionnaire, le principe étant que l'attribution d'une subvention ne constitue pas un droit pour les personnes remplissant les conditions légales pour l'obtenir (CE, 25 septembre 1995, <i>Association CIVIC</i> , req. n° 155970).

ANNEXE 3 - Demande de précisions quant aux points abordés dans l'étude

A l'issue d'une réunion rassemblant la Fédération et plusieurs de ses adhérents (ayant opté pour une gestion sous forme d'EPIC ou de régie directe), la FEDELIMA a souhaité disposer d'un certain nombre de précisions sur les points abordés dans notre étude.

Pages 9-11 : Précisions sur l'attribution du caractère « industriel et commercial » et, le cas échéant, la perception de subvention ?

- Il existe une incertitude sur l'attribution du caractère « industriel et commercial » :
- Que faire si on conteste le SPIC et qu'on considère que c'est un SPA ?
- Que faire par rapport à cette incertitude de pouvoir toucher des subventions si c'est un SPIC ?
- Est-il possible d'aller plus loin dans ces analyses ?

Les statuts de l'EPCC semblent plus clairs notamment pour la perception de subventions. Dans ce cas, faut-il privilégier ce mode de gestion ?

- Peut-on alors contourner l'idée qu'un EPCC se fait au moins à deux collectivités ? Est-ce qu'une agglomération qui voudrait porter un EPCC peut le faire seule si on considère que plusieurs collectivités sont associées de fait via cette intercommunalité ? Est-ce qu'une commune et un EPCI dont cette commune est membre peuvent créer un EPCC ?

Page 14 : Précisions sur la présence des usagers dans le CA ?

- Peut-on ajouter des précisions quant à la possibilité d'avoir des représentants des usagers dans le conseil d'administration ? En effet, bon nombre des EPL se sont fait répondre par les services juridiques de leur collectivité que c'est impossible.
- Ou ajouter une phrase qui précise (par rapport à ce qui est notifié page 10) que les usagers peuvent faire partis d'un CA compte tenu qu'ils n'ont pas un intérêt direct dans l'entreprise comme le précise l'article R. 2221-8 du CGCT ?

Page 15 : Dissolution de la collectivité, CA intérim (...) comment cela se passe-t-il ?

- Lorsque la collectivité est dissoute (ce qui est beaucoup le cas actuellement avec la loi NOTRe), comment se passe la reprise de l'établissement public ? Est-ce qu'un nouveau CA se met en place ?...
- Lorsqu'on est en période d'élection, quel peut être le périmètre de décisions du CA ? Peut-on anticiper une période de réserve ?

Page 16 : Précisions sur le périmètre de décision du CA et la notion d'autonomie ?

- Peut-on apporter des précisions sur les sujets sur lesquels le conseil d'administration doit impérativement délibérer ?
- Et par conséquent, sur quoi le directeur peut-il décider seul ?

- Par ailleurs, est-il possible de préciser la notion d'autonomie : lorsqu'une collectivité apporte une aide, un appui logistique (mise à dispo d'une voiture, possibilité pour l'EPL de participer aux achats groupés de la collectivité, appui du service juridique, maintenance du parc informatique de l'EPL par la DSI de la collectivité..), prend-elle un risque ? C'est ce qu'on considéré les services juridiques de certaines collectivités, alors que dans d'autres villes, les EPL bénéficient d'importants soutiens logistiques et matériels de la collectivité.

Page 19 : Précisions sur le contrat du directeur ?

- Est-il possible de recruter le directeur directement en agent contractuel de droit public non titulaire en CDI, comme ça a été le cas à Nîmes ? Si oui, quel est le fondement juridique de ce contrat ? Ou faut-il passer par deux CCD de trois ans pour signer le CDI ?
- Qui rédige et contractualise le contrat du directeur ? Pour quelle durée ? En CDD ou en CDI ?
- Qui est le supérieur hiérarchique du directeur ? C'est-à-dire qui l'évalue ? Qui assure son suivi de carrière ? Qui l'évalue pour sa progression de salaire ? C'est le maire ou le président de l'agglomération qui porte la régie ? Le président de l'EPIC ? Le DGS ?

Pages 19-21 : Précisions sur les périmètres de décision/l'autonomie du directeur et sur les représentants légaux dans d'autres instances ?

- Si le directeur peut prescrire l'exécution des recettes et dépenses, cela veut dire qu'il peut solliciter des subventions sans qu'il y ait délibération au CA ?
- Le directeur peut-il fixer les rémunérations et les primes des salariés sans délibération du CA ?
- Peut-il créer un poste sans délibération du CA ?
- Sur la présentation du directeur à l'élection d'une gouvernance d'une autre structure (réseau régional, fédération nationale...), faut-il qu'il y ait une délibération du CA ? Faut-il qu'il y ait délibération pour qu'un directeur siège au sein d'une autre structure ?
- Dans le cas de la participation d'un EPL dans une SCIC, qui peut représenter l'EPL au sein de la gouvernance de cette SCIC ? Le directeur ? Un autre membre salarié ? C'est le président de l'EPL ?
- Quelle est la différence et est-ce que les représentants changent lorsque : « je représente l'EPL dans une autre structure (réseau, fédé, scic,..) » et « je suis élue au sein d'une autre structure, au titre de l'EPL, et je représente cette autre structure (réseau, fédé, scic,..) à l'extérieur » ?

Page 21 : Précisions sur la place de l'agent comptable ?

- Est-il possible de préciser quel pouvoir / devoir de sanction a le directeur à l'égard de l'agent comptable nommé ? En effet, son statut hybride peut poser des difficultés : si on considère que son responsable hiérarchique est le Trésor Public, et non le directeur. Par conséquent, dans quels mesures/devoirs le directeur – embauché par la régie - a autorité sur l'agent comptable – embauché par le Trésor Public ? D'autant que l'agent comptable est là pour contrôler la gestion de l'entreprise..

Page 25 : Vote du budget ?

- Certaines collectivités imposent à leurs régies personnalisées une DOB formalisée en amont du vote du budget. Est-ce obligatoire ou non ? Faut-il la voter en amont du vote du budget ? Est-ce qu'il doit y avoir obligatoirement une délibération pour les orientations du budget ?

Page 29 : Précisions régie d'avance, mandat régie recette... ?

- Est-il possible d'avoir une liste exhaustive des dépenses qui peuvent être payées par la régie d'avance ? Peut-on avoir des précisions concernant les seuils (pour un contrat de cession, à quelle hauteur peut-on payer par la régie d'avance ?) ? Pour chaque dépense, faut-il que le CA délibère pour donner son accord ?
- Est-ce que des bénévoles peuvent être mandataires d'une régie recette (pour par exemple encaisser de l'argent au bar) ?

Page 33 : Ajouts et précisions régime fiscal ?

- Ajouter dans le document que les EPL paient les mêmes impôts que les associations mais ne bénéficient pas des mêmes abattements (taxe sur les salaires, taxe sur les véhicules de société, etc)

Page 36 : Entrée dans le capital d'une entreprise ?

- On peut rentrer dans le capital d'une SCIC ? Quel argumentaire pouvons-nous utiliser ? Dans ce cas, qui est le représentant dans la SCIC : le directeur ? le président de l'EPL ?

Page 37 : Précisions sur le régime des salariés, les bénévoles... ?

- Peut-on creuser la question du « droit privé » des salariés et, notamment de la hiérarchie entre administration fiscale et code du travail ? En effet, les comptables du trésor public considèrent que leurs instructions fiscales valent plus que le droit du travail et imposent souvent des contraintes qui ne figurent pas dans le Code du Travail. Qu'est-ce qui prévaut ?
- Par ailleurs, le recours au bénévolat pose souvent soucis pour les services juridiques des collectivités, est-il possible d'avoir des ressources juridiques à leur transmettre (jurisprudence, textes de lois,...) ?
- Est-ce que les SPIC peuvent faire appel à des collaborateurs occasionnels ? Et la cas échéant, qu'est-ce qu'on ne peut pas leur faire faire ? Quel type de contractualisation pour ces collaborateurs occasionnels ?

Pages 39-50 : Marché public – groupement de commande, dépenses dans les régies d'avance... ?

- Est-ce que le CA doit délibérer sur l'adhésion à un groupement de commande ou est-ce que le directeur peut le décider tout seul dans le cadre de sa délégation sur la passation des marchés ?
- Comment intégrer les dépenses par Internet dans les régies d'avance ? Par exemple, quand un achat sur le web est beaucoup moins cher...

- Est-il possible légalement de payer 100% d'un contrat de cession en avance ?
- Peut-on ne faire délibérer le CA que sur les tarifs « régulièrement appliqués » et laisser les montants de facturation ponctuels à l'appréciation du directeur ?
- Est-il possible d'avoir quelques précisions / jurisprudence sur la possibilité d'engager un mécénat avec une entreprise titulaire d'un marché public dans la structure ? L'étude dit que c'est possible mais pas conseillé...
- Un EPIC peut-il participer à une campagne de crowdfounding au service d'un groupe musical ou d'un projet (cela peut rentrer dans ses objectifs de soutien à la scène locale) ?
- Quelle est la différence formelle entre un don et une subvention ?
- Un EPIC doit-il obligatoirement s'immatriculer au registre du commerce ?

ANNEXE 4 - Abréviations, acronymes et sigles utilisés

BOFIP - Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts

BOI - Bulletin Officiel des Impôts

CA - Conseil d'Administration

CE - Conseil d'Etat

CFE - Cotisation Foncière des Entreprises

CGCT - Code Général des Collectivités Territoriales

CGI - Code général des Impôts

DGC - Direction Général des Services

DOB - Débat d'Orientation Budgétaire

EPCC - Etablissement Public de Coopération Culturelle

EPIC - Etablissement public de Caractère Industriel et Commercial

EPL - Etablissement Public Local

GIP - Groupement d'Intérêt Public

IS - Impôt sur les Sociétés

JOAN - Journal officiel de l'Assemblée Nationale

RCS - Registre du Commerce et des Sociétés

SMAC - Scènes de Musiques Actuelles

SPA - Service Public Administratif

SPIC - Service Public à caractère Industriel et Commercial

TVA - Taxe sur la Valeur Ajoutée



www.fedelima.org



contact@fedelima.org
02-40-48-08-85
11 rue des Olivettes
44 000 NANTES