



Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale des Alpes-Maritimes
33, avenue Henri Lantelme – Espace 3000 – BP 169 - 06704 ST LAURENT DU VAR CEDEX

REDACTEUR TERRITORIAL

Concours interne

Spécialité : Administration générale

Epreuve du 18 Mars 2006

SUJET

<u>Epreuve</u> :	Note administrative à partir d'un dossier portant sur l'un des domaines choisis par le candidat lors de son inscription.
<u>Domaine</u> :	Droit public en relation avec les missions des collectivités territoriales
<u>Durée</u> :	3 heures
<u>Coefficient</u>	4

Le Maire de la commune de JOLIEVILLE souhaite créer une société d'économie mixte en vue d'assurer la gestion de grands équipements et services publics. Il vous demande, exclusivement à l'aide des documents joints, de lui établir une note sur les capacités offertes aujourd'hui par le procédé de la société d'économie mixte.

Documents joints :

- Annexe 1 : « Société d'économie mixte et loi Sapin » par Paul LIGNIERES, Franck LEPRON
Droit administratifp 2
- Annexe 2 : « Mise en concurrence des contrats passés par les SEM avec des tiers »
par Paul LIGNIERES, Fatima GONZALEZ-DONAIRE – Droit administratifp 3
- Annexe 3 : « Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité du droit » par Paul LIGNIERES et Catherine DESBONNET – Droit administratifp 4
- Annexe 4 : « Les contrats in house et les SEM » par Paul LIGNIERES, Franck LEPRON – Droit Administratifp 5
- Annexe 5 : « Les marchés des sociétés d'économie mixte et exception de l'in house par Antoine ALONSO GARCIA et Amélie MAILLIARD – Droit administratif p 6-7
- Annexe 6 : « Economie mixte, SEM, un modèle en mutation » – La Gazette des communes
10 octobre 2005 p 8-17

Vous ne devez faire apparaître aucun signe distinctif dans votre note, ni votre nom, ni le nom d'une collectivité existante, ni signature, ni paraphe.
Les feuilles de brouillons ne seront en aucun cas prises en compte

9 Société d'économie mixte et Loi Sapin

Par Paul LIGNIÈRES, Franck LEPRON

Alors que la loi du 2 janvier 2002 tend à moderniser le cadre juridique des SEML, les obligations de mise en concurrence applicables, au titre de la Loi Sapin, à la passation des délégations de service public constituent toujours une contrainte juridique à l'utilisation de ces structures comme outil de gestion des activités de service public. Elles obligent les collectivités locales à mettre en place des dispositifs conciliant l'intervention des SEML sur le marché des délégations de service public et l'exigence de libre et égale concurrence.

Au contraire de l'établissement public, la société d'économie mixte locale (SEML) ne constitue pas un mode d'externalisation des activités de service public permettant d'éviter la mise en concurrence. En effet, les collectivités locales ne peuvent confier l'exploitation d'un service public à une SEML par une convention conclue de gré à gré. En vertu du principe constitutionnel d'égalité, la délégation de service public relève du champ d'application de la loi Sapin et ne peut être attribuée qu'au terme d'une procédure de mise en concurrence.

La participation des SEML aux procédures de mise en concurrence lancées par les collectivités locales actionnaires

Il est courant de voir des SEML participer aux procédures de mise en concurrence lancées par la collectivité locale qui est par ailleurs leur principal actionnaire. En outre, rien n'interdit aux collectivités locales de créer une SEML pour l'exploitation d'un service public avant même d'avoir lancé la procédure de mise en concurrence pour la délégation de ce service. Toutefois, la participation d'une SEML à une procédure lancée par la collectivité locale qui est son actionnaire majoritaire aboutit à une « ubiquité » qui peut être de nature à fausser la sincérité de la mise en concurrence et l'expose, à ce titre, à un risque de contestation.

En conséquence, la participation de la SEML à la procédure de mise en concurrence accentue les contraintes « procédurales » pesant sur la collectivité délégante et destinées à assurer la neutralité de la procédure. Ainsi, la loi du 2 janvier 2002 prévoit que les élus des collectivités locales exerçant des fonctions de membre ou de président du conseil d'administration d'une SEML ne peuvent participer aux commissions d'attribution de délégation de service public lorsque cette SEML est candidate.

Les mises en concurrence « ouvertes » et « formelles »

Malgré l'apparente égalité entre les différents soumissionnaires, il n'existe pas, à notre connaissance, de cas dans lequel la collectivité locale n'aurait pas retenu l'offre de la SEML qu'elle aurait créée pour répondre à la procédure de mise en concurrence. En pratique dans une telle hypothèse, les concurrents privés n'ont pas de chance de se voir attribuer la délégation. Dans le même temps, il est difficile, pour un concurrent notamment, de remettre en cause l'appréciation faite par la collectivité délégante de l'offre remise par la SEML.

Ainsi lorsqu'elles souhaitent externaliser la gestion d'un service public, les collectivités locales se trouvent-elles, en

pratique, face à la problématique suivante : le service doit-il être confié à une SEML ou à un opérateur purement privé ? En cas de choix pour la SEML, la procédure Loi Sapin n'est souvent qu'une formalité dont l'objet est uniquement de respecter une apparente mise en concurrence. Dans le meilleur des cas, cette mise en concurrence permet de stimuler la SEML qui se doit alors d'optimiser son offre.

Le vrai choix est le choix de l'actionnaire privé de la SEML

Lorsqu'elle opte pour la gestion sous forme de SEML, le vrai choix pour la collectivité locale n'est pas l'identité du délégataire (ce sera la SEML) mais celle du partenaire privé de la SEML. Les collectivités pourraient alors faire jouer la concurrence de façon « ouverte » et non uniquement « formelle » lors du choix par la SEML de son partenaire privé.

En ce qui concerne les nouvelles SEML, rien n'interdit à la collectivité locale de demander que la SEML choisisse son partenaire privé par une procédure de mise en concurrence avant le dépôt de l'offre pour l'attribution de la délégation de service public (on retrouve un montage proche en Italie, par exemple). Cette solution n'est pas applicable pour les renouvellements de délégation, dans la mesure où il n'est pas possible, par principe, d'exclure l'actionnaire privé ou de le remettre en situation de concurrence.

L'alternative du « partenariat concurrentiel »

Certains décideurs critiquent la limitation juridique du choix dont disposent les collectivités locales (régie directe ou délégation de service public). Il paraît, en effet, incohérent de permettre à une collectivité locale d'opter pour la gestion sous forme de régie directe ou sous forme de délégation de service public sans lui reconnaître le droit d'opter clairement pour la formule mixte de la délégation à une SEML.

Ces critiques soulignent également le caractère hypocrite du droit qui aboutit à des mises en concurrence purement formelles. Une alternative pourrait consister à prévoir dans les documents de la consultation que le candidat désigné au terme de la procédure de mise en concurrence assurera l'exploitation du service sous la forme d'une SEML l'associant à la collectivité délégante, cette SEML devenant ainsi juridiquement le titulaire de la convention de délégation de service public. En cela, la formule du « partenariat concurrentiel » permettrait aux collectivités locales de confier l'exploitation d'un service public à une SEML tout en assurant le jeu effectif (bien que limité) de la concurrence.

Les institutions communautaires et la jurisprudence nationale n'ont pas eu l'occasion de prendre position de manière explicite sur ce type de dispositif, bien qu'il ait déjà été utilisé dans le cadre de processus de libéralisation du secteur public, à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union européenne.

8 Mise en concurrence des contrats passés par les SEM avec des tiers

Par Paul LIGNIÈRES, Fatima GONZALEZ-DONAIRE

Ayant déjà analysé les règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux contrats passés par les collectivités publiques avec les sociétés d'économie mixte (SEM) en tant que fournisseurs ou prestataires (*P. Lignièrès, F. Lepron, Société d'économie mixte et Loi Sapin : Dr. adm., oct. 2002*), nous étudions ici les règles applicables aux contrats passés par les SEM – en tant qu'acheteurs – avec des tiers. Personnes privées exclues du champ d'application du Code des marchés publics, les SEM sont néanmoins contraintes d'appliquer des procédures de publicité et de mise en concurrence en raison de différents textes.

La notion de SEM n'étant pas consacrée en droit communautaire, celles-ci peuvent néanmoins se voir appliquer différents régimes conçus pour d'autres catégories. En revanche, le droit national prévoit explicitement un régime applicable aux marchés passés par les SEM.

I. – LES QUALIFICATIONS POSSIBLES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Il convient de veiller en particulier aux qualifications suivantes qui impliquent la soumission à des obligations de publicité et de mise en concurrence :

- organismes de droit public au sens des directives marchés ;
- entreprises publiques au sens de la directive marchés exclus ;
- concessionnaires au sens de la directive travaux.

A. – Les organismes de droit public au sens des directives marchés

La qualification d'*organisme de droit public* au sens des directives marchés est applicable dès lors que trois critères sont cumulativement (jurisprudence *Mannesmann*) réunis. Est ainsi visé tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- doté de la personnalité juridique et dont :
 - * soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public,
 - * soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers,
 - * soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les SEM locales (SEML) remplissent automatiquement les deux derniers critères. Elles ont la personnalité morale et sont détenues à plus de 50 % du capital par une collectivité locale. Le critère déterminant pour juger de la qualification d'organismes de droit public des SEML est donc le premier critère, celui relatif à l'activité. L'objet social des SEML tel qu'encadré par l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales permet à des SEML de réaliser des missions d'intérêt général autres qu'industrielles et commerciales. En outre, il convient de souligner que la notion d'intérêt industriel et commercial est une notion autonome de droit communautaire indépendante de la qualification donnée en droit français. Une analyse au cas par cas en fonction des statuts et de la réalité de l'activité de la SEM est nécessaire.

B. – Les entreprises publiques au sens de la directive secteurs exclus

Certaines SEM sont également susceptibles d'être considérées comme des entités adjudicatrices lorsqu'elles rentrent dans la définition de l'*entreprise publique* prévue dans la directive secteurs exclus. L'entreprise publique est ainsi définie comme étant toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement

une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Dans la mesure où les SEM sont détenues à plus de 50 % par une collectivité locale, elles rentrent dans le champ d'application de la directive secteurs exclus dès lors qu'elles disposent de droits exclusifs dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des télécommunications et des transports.

C. – Les concessionnaires au sens de la directive travaux

Les SEM peuvent également rentrer dans la définition du concessionnaire dès lors qu'elles se sont vues attribuer un contrat de concession. Ledit contrat est défini comme un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. Dans cette hypothèse, les SEM doivent veiller au respect des règles de publicité pour les travaux à exécuter par des tiers.

II. – LE RÉGIME EN DROIT NATIONAL

Les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les SEM, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis à des principes de publicité et de mise en concurrence (*Loi Sapin, art. 48-I*). Il convient également de mentionner certaines dispositions concernant les contrats conclus par les SEM exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux et par les SEM de construction et de gestion de logements sociaux.

Ces dispositions adoptées par le législateur national en 1993 ne sont pas une transposition du droit communautaire. Elles ont été adoptées essentiellement dans une perspective de lutte contre la corruption.

POUR EN SAVOIR PLUS

- Cons., dir. 92/50/CEE, 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JO L 209, 24 juill. 1992, p. 1*). – Cons., dir. 93/36/CEE, 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*JO L 199, 9 août 1993, p. 1*). – Cons., dir. 93/37/CEE, 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JO L 199, 9 août 1993, p. 54*), telles que modifiées par PE et Cons. UR, dir. 97/52/CE (*JO L 328, 28 nov. 1997, p. 1*) ;
- Cons., dir. 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication (*JOCE, L 199, 9 août 1993, p. 84*) ;
- CJCE, 15 janv. 1998, *Mannesmann*, C-44/96 : Rec. CJCE, I, p. 73 ;
- CJCE, 1^{er} févr. 2001, *Commission c/ France (SA HLM)*, C-237/99 : Rec. CJCE, I, p. 939 ;
- L. n° 93-122, 29 janv. 1993, modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », ainsi que ses décrets d'application : D. n° 93-584, 26 mars 1993 et D. n° 93-733, 27 mars 1993 et CCH, art. L. 481-4.

1 Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence : un besoin de lisibilité du droit

Par Paul LIGNIÈRES et Catherine DESBONNET¹

Nous avons déjà analysé les règles de mise en concurrence applicables aux contrats passés entre les sociétés d'économie mixte (SEM) et les collectivités publiques (D. adm. oct. 2002) et aux contrats passés entre les SEM et des tiers (D. adm. 2003, n° 8-9, prat. 8).

Cette chronique dresse une synthèse des règles nationales et communautaires aussi bien concernant les contrats entre les SEM et les collectivités publiques (contrats-amont) que les contrats des SEM avec des tiers (contrats-aval). L'objectif est de montrer quelle devrait être la logique des règles de mise en concurrence applicables aux SEM et de comparer cette logique avec le droit positif.

Il est nécessaire de clarifier les règles applicables aux SEM en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics. En effet, en l'état actuel du droit, l'application des règles de mise en concurrence aux SEM s'avère d'une particulière complexité. Cette complexité procède de l'incertitude, voire de l'incohérence, du champ d'application de ces règles à l'égard des SEM.

1. Les causes de la complexité du droit

L'absence de définition de la SEM en droit communautaire est la principale cause de cet état du droit. En effet, l'inexistence de qualification précise au regard du droit communautaire a pour conséquence l'impossibilité à identifier un régime spécifique. Il convient également de relever que l'absence de reconnaissance de la SEM en droit communautaire est précisément la conséquence de la volonté de ne pas conférer un régime particulier aux SEM.

Il est dès lors nécessaire d'appliquer différents régimes conçus pour des catégories préexistantes (*entreprises publiques, organismes de droit public...*), ce qui rend le droit des marchés publics applicables aux SEM particulièrement complexe. Enfin, le droit d'origine nationale n'est pas toujours cohérent avec le droit communautaire. Il serait nécessaire de les coordonner.

2. Les conséquences de la complexité du droit

En l'état actuel du droit, les SEM se trouvent parfois désavantagées par rapport aux sociétés privées avec lesquelles elles sont parfois en concurrence. Cette inégalité se manifeste lorsque les SEM sont tenues de mettre en concurrence les marchés qu'elles passent avec des tiers alors qu'elles ont été sélectionnées par la collectivité publique suite à une mise en concurrence. Les SEM ayant soumissionné à un marché dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, il paraît difficile de justifier la mise à leur charge des contraintes procédurales dont les entreprises détenues exclusivement par des capitaux privés sont exemptées.

Il semblerait logique – pour éviter de porter atteinte au principe de non-discrimination et d'égalité de traitement – de placer les SEM sur un plan d'égalité avec les sociétés détenues exclusivement par des capitaux privés.

3. La mise en concurrence en amont devrait dispenser d'une mise en concurrence en aval

Il conviendrait d'admettre que lorsqu'une SEM s'est vue attribuer un marché, après une mise en concurrence, elle ne devrait pas être contrainte de soumettre les marchés qu'elle passe en tant que client à une nouvelle mise en concurrence. Elle bénéficierait ainsi d'un traitement similaire aux entreprises privées attributaires d'un marché, tout en respectant les règles de mise en concurrence reconnues dans le cadre des normes régissant les marchés publics.

Or, en l'état actuel du droit, les SEM sont soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence pour les marchés qu'elles passent avec des opérateurs privés dès lors qu'elles rentrent dans la qualification de *pouvoirs adjudicateurs* au sens des directives marchés « secteurs classiques » ou dans la qualification d'*entreprise publique* au sens de la directive marché « secteurs exclus » et dès lors que l'objet du contrat rentre dans le champ d'application matériel de ces directives. En outre, l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (loi Sapin)

soumet par ailleurs les SEM aux obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles passent un contrat de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre.

Cette obligation de soumettre les marchés ainsi passés par les SEM aux procédures de publicité et de mise en concurrence n'est pas exclue dans les cas où celles-ci ont été au préalable désignées attributaires à la suite d'une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché public ou d'une concession. Or, cette mise en concurrence (ou publicité) initiale organisée pour la sélection de la SEM est bien de nature à préserver les principes afférents aux règles de la commande publique. En effet, cette mise en concurrence, en obligeant la SEM à formuler une offre concurrentielle, garantit que cette dernière adoptera, pour l'exécution dudit marché, le comportement d'un opérateur agissant dans les conditions normales du marché. Les SEM devraient être exemptées de l'obligation de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence pour la passation des marchés nécessaires à l'exécution du marché principal ou d'une concession et pour lequel une telle procédure a été effectuée en amont.

4. L'absence de mise en concurrence en aval devrait rendre nécessaire une mise en concurrence en amont

À l'inverse, dès lors que le marché principal a été attribué à une SEM sans mise en concurrence préalable en application des règles visées par le *in house* par exemple, elles ne se trouveront pas dans une situation analogue aux sociétés privées et devront donc soumettre leurs marchés, passés en exécution du marché principal, à une mise en concurrence selon la procédure applicable en vertu des directives marchés actuelles.

Il conviendrait de prévoir, dans un souci de cohérence avec le régime des marchés publics, la possibilité d'attribuer une délégation de service public sans procédure préalable à une SEM dès lors que celle-ci respecterait les conditions des entreprises « in house ». En effet, le droit français n'a transposé la jurisprudence communautaire que dans le code des marchés public et pas encore dans le droit applicable aux délégations de services publics.

POUR EN SAVOIR PLUS

- Paul Lignièrés et Fatima Gonzalez-Donaire, *Mise en concurrence des contrats passés par les SEM avec des tiers* : Dr. adm. 2003, n° 8-9, prat. 8 ;
 - Paul Lignièrés et Franck Lepron, *Société d'économie mixte et Loi Sapin* : Dr. adm. 2002, n° 10, prat. 9 ;
 - Dir. n° 92/50/CEE, 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JO L 209, 24 juill. 1992, p. 1*), Dir. n° 93/36/CEE, 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*JO L 199, 9 août 1993, p. 1*), et dir. n° 93/37/CEE, 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*JO L 199, 9 août 1993, p. 54*), telles que modifiées par dir. n° 97/52/CE (*JO L 328, 28 nov. 1997, p. 1*) ;
 - Dir. 93/38/CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications : *JOCE L 199, 9 août 1993, p. 84* ;
 - Instr., 28 août 2001, pour l'application du code des marchés publics (*D. n° 2001-210, 7 mars 2001*) : *JO 8 sept. 2001, p. 37.353*.
- Plus spécifiquement sur la notion de *in house* :**
- Paul Lignièrés et Franck Lepron, *Les contrats in house et les SEM* : Dr. adm. 2003, n° 5, prat. 5 ;
 - CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal : *Rec. CJCE, p. I-8121* ;
 - Concl. P. Léger ss CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-94/99, ARGE Gewässerschutz : *Rec. CJCE, p. I-11037* ;
 - CE, 27 juill. 2001, n° 218067, « CAMIF ».

¹ Responsable du service juridique de la Fédération nationale des sociétés d'économie mixte.

5 Les contrats *in house* et les SEM

Par Paul LIGNIÈRES, Franck LEPRON

Le Nouveau Code des marchés publics a intégré la notion de contrats de prestations intégrées (contrats dits *in house*), telle que dégagée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Les sociétés d'économie mixte devraient pouvoir, en certains cas, constituer un terrain d'application de cette dérogation aux obligations de mise en concurrence.

L'article 3-1° du Nouveau code des marchés publics (ci-après « NCMP ») exclut de son champ d'application les contrats conclus par une des personnes publiques « avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ».

Cette exclusion s'inspire de la jurisprudence communautaire. Elle répond au souci d'écartier les obligations de mise en concurrence dès lors que la personne publique conclut un contrat avec une entité qui, bien que juridiquement distincte, apparaît en réalité comme son prolongement administratif.

La mesure de cette absence d'autonomie n'est toutefois pas aisée, à défaut notamment de précisions jurisprudentielles sur ce point. Il est toutefois possible de penser qu'une SEM pourrait, sous certaines conditions, recevoir la qualification de prestataire *in house* et justifier que les obligations de mise en concurrence soient en conséquence écartées (au seul stade du contrat entre la collectivité publique et la SEM, celles-ci devant être en revanche respectées en par la SEM pour la passation de ses propres contrats).

A - Le critère du contrôle de la personne publique sur la SEM

En premier lieu, il est nécessaire que la personne publique exerce sur la SEM « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ».

Dans ce cadre, il semble que le critère de la propriété du capital de l'entité tierce n'est pas, à lui seul, décisif mais doit être examiné en combinaison avec les conditions de fonctionnement de la SEM. Plus précisément, il paraît possible de distinguer trois hypothèses.

Soit le capital est entièrement détenu par la personne publique. En ce cas, la condition du « contrôle analogue » au sens du Nouveau Code des marchés publics semble pouvoir être, de ce seul fait, respectée.

Soit la participation de la personne publique au capital social de la SEM n'est pas majoritaire. Cette circonstance pourrait être, à elle seule, exclusive d'un contrôle suffisamment intense au sens des dispositions du Nouveau Code des marchés publics.

Soit la participation de la personne publique est majoritaire, sans toutefois être exclusive. Dans cette hypothèse, il paraît difficile de déduire le degré d'autonomie de la SEM du seul pourcentage de participation détenu par la personne publique. En effet, cette autonomie paraît alors devoir être mesurée à travers l'examen du processus décisionnel de la SEM afin d'évaluer précisément la capacité de la personne publique à influencer sur ce dernier. Sur ce point, l'instruction ministérielle relative à l'application du Nouveau Code des marchés publics tend à mettre en avant le critère du nombre et de la nature des postes détenus par les représentants de la personne publique dans les organes de décision de l'entité. Il s'ensuit que l'existence de ce critère procédera, d'une part, de l'importance qualitative de la représentation de la personne publique, c'est à dire de sa présence au sein des organes assurant la conduite effective de la politique de la SEM (à savoir le

conseil d'administration et les postes de président du conseil d'administration et de directeur général, d'autre part, de l'importance quantitative de cette représentation, à savoir du nombre de postes décisionnels occupés par les représentants de la personne publique et du poids relatif qu'ils représentent dans le processus décisionnel. Cette importance quantitative doit être mesurée au regard des dispositions légales et statutaires qui organisent l'adoption des décisions de la SEM.

À cet égard, il importe de préciser que cet examen doit permettre de mesurer le degré de contrôle effectivement exercé par la personne publique sur le processus décisionnel de l'entité tierce. Cet examen ne peut donc se limiter à la seule analyse des rapports juridiques mais doit, au-delà, prendre en compte l'ensemble des éléments qui, en fait, permettent à la personne publique de peser sur la conduite de la politique de la SEM. Ce qui oblige à mesurer précisément les relations entretenues entre la collectivité publique majoritaire et les autres actionnaires (privés notamment). Ainsi, l'existence d'un pacte d'actionnaires, voire de liens capitalistiques, entre ces derniers constituent autant d'éléments devant être intégrés à la mesure de l'influence effectivement exercée par la collectivité publique sur la SEM.

B - Le critère du destinataire de l'activité de la SEM

En second lieu, la qualification de prestation « *in house* » est subordonnée à la condition que la SEM réalise l'essentiel de son activité pour la ou les collectivités qui la détiennent.

Il s'ensuit que si la SEM exerce des activités commerciales auprès d'autres entités, le Nouveau Code des marchés publics est applicable, à moins que celles-ci n'occupent qu'une place marginale, en volume de chiffre d'affaires, dans l'ensemble de son activité. Cette condition paraît strictement entendue, la doctrine administrative tendant à exiger une « quasi-exclusivité » au profit de la personne publique.

Par ailleurs, on peut se demander si cette exigence légale suppose que les prestations soient directement apportées (et donc facturées) à la personne publique ou s'il suffit simplement que les prestations soient assurées pour le compte de la personne publique, peu importe en ce cas que les services soient fournis (et facturés) à d'autres collectivités ou d'autres usagers. Hypothèse rare, il est vrai, dans le cadre des marchés publics, seuls visés, en droit français, par la dérogation des contrats *in house*, les délégations de service public ne bénéficiant pas encore, en droit français, d'un tel dispositif.

Sur ce point, la doctrine administrative apparaît ambiguë. Il semble toutefois possible de considérer que le destinataire effectif des services est un critère indifférent. Seul importe que l'essentiel des prestations fournies par l'entité tierce le soit pour le compte de la personne publique, c'est à dire qu'elles correspondent à des opérations économiques répondant exclusivement à un besoin de la personne publique. Or, tel est le cas lorsque le prestataire est investi par la personne publique d'un titre contractuel par lequel il s'engage à assurer une opération publique relevant de la compétence de la personne publique, alors même que ce service ou cette opération bénéficie à des tiers.

POUR EN SAVOIR PLUS

- CJCE, 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98 : Rec. CJCE, I, p. 8121 ;
- Concl. P. Léger ss CJCE, 7 déc. 2000, ARGE Gewässerschutz, aff. C-94/99 : Rec. CJCE, I, p. 11037 ;
- CE, 27 juill. 2001, CAMIF, req. n° 218067 ;
- Instr. min., 9 sept. 2001 pour l'application du Nouveau Code des marchés publics.

ANNEXE 5

« Dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50 avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées. »

NOTE : Dans cette affaire, la ville de Halle souhaitait confier à la RPL Lochau, « Société de participation du secteur public » détenue à hauteur de 75 % par une Stadtwerke (détenue à 100 % par la ville de Halle) et de 25 % par une société privée, la construction d'une installation thermique d'élimination et de valorisation des déchets, et ce sans publicité ni mise en concurrence préalable. La Trea Leuna, société informée de ce projet, a saisi la chambre des marchés publics de Halle d'un recours visant à contraindre la ville à passer un marché public.

Pour sa défense, la Ville a fait valoir qu'aucun marché n'ayant été lancé, le recours était irrecevable. En outre, le contrat à conclure avec la société RPL, simple démembrement de la collectivité, était exclu du champ d'application des directives en vertu de la jurisprudence *Teckal* (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : Rec. CJCE 1999, I, p. 8121). L'instance nationale saisie a toutefois rejeté les deux pans de cette argumentation, estimant que les conditions de la jurisprudence *Teckal* n'étaient pas réunies, au regard des droits détenus par les associés minoritaires privés et du pourcentage de l'activité dirigé à 61 % seulement au profit de la ville de Halle. La juridiction d'appel a sursis à statuer et saisi la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) de plusieurs questions préjudicielles visant à déterminer si l'application des directives était obligatoire dès lors que le capital de la société prestataire comprenait des capitaux privés.

La Cour de justice a répondu positivement à cette interrogation, estimant que le régime des prestations in house devait être exclu, dès lors que le prestataire de l'administration était pour partie composé de capitaux privés. Cette solution, qui vient considérablement réduire le champ d'application de la jurisprudence *Teckal* (I), remet ainsi en cause la transposition faite de cet arrêt en droit national (II).

I. - RÉDUCTION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE TECKAL

Les directives communautaires « marchés publics » ne s'appliquent qu'aux relations entre un pouvoir adjudicateur et un tiers à qui il entend confier, à titre onéreux, la réalisation d'une prestation. Plus précisément, l'application des règles communautaires suppose que le cocontractant « ait effectivement la qualité de tiers par rapport à ce pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une personne distincte de celui-ci » (concl. de M. Cosmas sous CJCE, *Teckal*, préc., point 53). À l'inverse, les directives ne s'appliquent pas lorsque la collectivité publique recourt, pour répondre à ses besoins, à ses propres services ou à une entité juridiquement distincte qui constitue son simple prolongement administratif. La notion de prestations in house dégagée par la CJCE soustrait, ainsi, le pouvoir adjudicateur de procédure de mise en concurrence lorsqu'il charge ses propres services ou des services en position de dépendance de l'exécution de la prestation dont il a besoin.

L'application de cette dérogation aux règles de mise en concurrence créée par l'arrêt *Teckal* suppose que la collectivité publique exerce sur l'entité en cause « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (point 50 de l'arrêt *Teckal* préc.). L'exclusion des règles de mise en concurrence est ainsi conditionnée par la réunion de deux conditions tenant au contrôle exercé sur l'entité et à l'activité de celle-ci. Cependant, la définition des critères donnée par l'arrêt ne permet pas à elle seule de déterminer si un pouvoir

MARCHÉS

36 Les marchés des sociétés d'économie mixte et exception de l'in house

La Cour de justice exclut le jeu de l'exception dont bénéficient les contrats in house dès lors que la société d'économie mixte comprend un actionnaire privé (V. Dr. adm. 2005, n° 2, repère 2).

CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle et autres (point 52)

adjudicateur peut exercer sur une société privée, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Dans les conclusions rendues sous les arrêts *BFI Holding et A*, les avocats généraux semblaient toutefois admettre une telle possibilité dès lors que l'entité de droit privé est, à tout le moins, majoritairement détenue par l'autorité publique (cf. *concl. de M. La Pergola ss CJCE*, 10 nov. 1998, *aff. C-360/96, BFI Holding* : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 6821 ; pt 36 à 38 – *Concl. de M. Léger ss CJCE*, 7 déc. 2000, *Arge Gewässerschutz*, *aff. C-94/99* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 11037, pt 60 à 64).

Saisie précisément et pour la première fois de cette question, la CJCE a mis fin au débat. La Cour a en effet considéré, par une formule générale et de principe, que les relations *in house* entre un pouvoir adjudicateur et une société privée étaient exclues, dès lors que la société était pour partie composée de capitaux privés.

Selon la Cour, l'existence, au sein de la société, de capitaux privés qui répondent à des intérêts distincts des objectifs d'intérêt général poursuivis par le pouvoir adjudicateur, exclut que celui-ci puisse être regardé comme exerçant sur l'organisme en cause un pouvoir analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En outre, l'attribution de marchés en dehors du cadre des directives à de telles sociétés, composées pour partie de capitaux privés, accorderait aux sociétés privées détentrices d'une partie du capital, un avantage par rapport à leurs concurrents et porterait ainsi atteinte aux principes de libre concurrence et d'égalité de traitement.

Si l'existence de relations *in house* entre un pouvoir adjudicateur et un organisme de droit privé n'est pas interdite, dès lors que cet organisme est détenu à 100 % par des personnes publiques, l'attribution de contrats sans publicité ni mise en concurrence est toutefois exclue dans tous les autres cas. Rendue au sujet d'une filiale d'une Stadtwerke allemande, cette solution est applicable à l'ensemble des sociétés « dites d'économie mixte » expressément visées par la cour (point 43 de l'arrêt).

II. - REMISE EN CAUSE DE L'ACCEPTION FRANÇAISE DE LA NOTION

Transposant en droit national la jurisprudence communautaire, l'article 3-1 du Code des marchés publics, issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 sensiblement modifié lors de la réforme du code de 2004, prévoit que le code ne trouve pas à s'appliquer « aux contrats conclus entre une des personnes publiques et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une personne publique, il applique pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation prévues par le présent code ». Outre les deux conditions d'origine communautaire, le droit national requiert, pour l'application de la théorie des prestations *in house*, l'application par le prestataire, du Code des marchés publics pour répondre à ses besoins propres.

En dépit des critiques formulées par certains auteurs (cf. E. Fâtome et L. Richer, *Procédure de passation des contrats et pouvoir d'organisation du service public* : CP-ACCP, n° 12, juin 2002, p. 60 et s.) le Conseil d'État, a validé la transposition faite de l'arrêt *Teckal* par l'article 3-1 du Code des marchés (CE, *ass.*, 5 mars 2003, n° 238039 et n° 233272, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et Union nationale des services publics industriels et commerciaux* : *Contrats-Marchés publ.* 2003, *chron.* 4, *concl.* D. Piveteau). En outre, saisi de la légalité du point 3.1.1 de l'instruction d'application du code de 2001, le Conseil d'État a admis la légalité de cette disposition qui précisait que le régime des prestations *in house* était susceptible de s'appliquer aux relations contractuelles liant « une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de son activité avec elle » (CE, 9 juill. 2003, n° 239879, *Féd. française des entreprises gestionnaires des services, aux*

équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres : *Contrats-Marchés publ.* 2003, *comm.* 169). Le gouvernement a récemment confirmé cette possibilité (Rép. min n° 09614 : JO Sénat Q, 1^{er} avr. 2004, p. 802 : *Contrats-Marchés publ.* 2004, *comm.* 100. – Rép. min. n° 10707 : JO Sénat Q, 13 mai 2004, p. 1037)

L'arrêt de la Cour de justice, qui exclut de manière générale, l'existence d'une relation *in house* avec une société composée pour partie de capitaux privés condamne l'acception française de la notion. Les sociétés d'économie mixtes locales constituent les principales victimes de cette jurisprudence puisque ces sociétés doivent nécessairement contenir au moins une personne privée (CGCT, art. L. 1521-1).

Cette décision, d'une sévérité inattendue, s'inscrit toutefois dans un mouvement prétorien qui tend à soumettre les relations contractuelles liant les collectivités publiques à leurs sociétés d'économie mixtes à des obligations préalables de publicité et de mise en concurrence. Saisi de la constitutionnalité de la loi *Sapin*, le Conseil constitutionnel avait déjà estimé que les SEM ne pouvaient se voir confier, sans procédure de mise en concurrence préalable, des conventions de délégation de service public (*Cons. const.*, 20 janv. 1993, n° 92-316 DC : JO 22 janv. 1993, p. 1118 ; *RFD adm.* 1993, p. 902, *note Pouyaud*). De même, le Conseil d'État a censuré à deux reprises des dispositions favorables aux SEM, en soumettant successivement les conventions de mandat (CE, *ass.*, 5 mars 2003, n° 233372, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux* : *Contrats-Marchés publ.* 2003, *chron.* 4, p. 4 et s) et les conventions publiques d'aménagement (CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, n° 01BX00381, *Cne de Cilaos c/ SODEGIS*), traditionnellement exclues de leur champ d'application, à des procédures de mise en concurrence préalables.

Déjà affectées par ces annulations successives, les SEM ne peuvent plus dorénavant invoquer la théorie des prestations *in house*, pour échapper au champ de la mise en concurrence. En terme d'obligations de mise en concurrence, les sociétés d'économie mixte sont désormais des sociétés anonymes à part entière.

Antoine ALONSO GARCIA et Amélie MAILLIARD,
Avocats à la Cour

ÉCONOMIE MIXTE SEM, un modèle en mutation

■ **Des stratégies diverses.** A l'occasion du congrès de la Fédération nationale des SEM qui se tiendra à Montpellier du 11 au 13 octobre, « La Gazette » braque un projecteur sur les sociétés d'économie mixte. Avec 1158 entreprises publiques locales employant 70300 personnes, l'économie mixte n'est pas, comme on pourrait le croire, un secteur d'activité en soi. Selon que les structures opèrent dans les domaines des transports, de l'eau, de l'aménagement ou de l'énergie, leurs stratégies diffèrent. Et leur avenir aussi.

■ **L'exception française.** Pour la Commission européenne, les sociétés d'économie mixte à la française restent un ovni. Sur la question des transports publics, le nouveau projet de règlement européen prend en compte les desiderata des collectivités et leur reconnaît le droit de choisir le mode de gestion de leurs services de transports collectifs. Mais le modèle français reste mal perçu en Europe, en dépit des avancées de la loi du 2 janvier 2002, tendant à moderniser le statut des SEM, notamment sur la transparence des comptes. La structure de leur capital, plus encadrée dans l'Hexagone que dans les autres pays européens, suscite aussi le débat.

■ **Un statut contradictoire.** Au regard du droit communautaire, les SEM apparaissent comme une référence, dans un contexte marqué par l'intensifica-

tion de la concurrence et par l'essor des partenariats public-privé. En s'ouvrant de plus en plus à la participation d'investisseurs et d'opérateurs privés, les entreprises publiques locales européennes se rapprochent du modèle français. Pourtant, les rigidités du droit français (et non du droit communautaire) privent les collectivités locales des libertés dont jouissent les communes allemandes, italiennes et anglaises pour utiliser à plein régime les potentialités de leur entreprise.

■ **De nombreux développements.** Les SEM « eau et assainissement », « énergie », « développement économique », « aménagement » et « transports » ont une carte à jouer dans les années à venir. En effet, l'arrivée à échéance d'un millier de contrats de délégation de service public dans le domaine de l'eau conduit les élus à se pencher sur la réversibilité de leurs modes de gestion et à réfléchir à l'opportunité de créer des sociétés d'économie mixte. De même, la future implantation des pôles de compétitivité à vocation mondiale pourra conduire à la création de nouvelles structures, notamment dans le domaine de l'aménagement, comme cela a été le cas à Sophia Antipolis, lors de l'implantation de la technopole. En revanche, on pourra s'interroger sur l'avenir de certains parcs à thème ou de télévisions locales, pour lesquels il n'existe pas de réel modèle économique.

Dossier réalisé par **Claudine Farrugia-Tayar**, avec **Brigitte Challiol**, **Claude Ferrero** et **Jean Lelong**

ASSAINISSEMENT ET EAU

De nouvelles perspectives s'offrent aux SEM avec la renégociation prochaine d'un millier de contrats de production et de distribution d'eau.

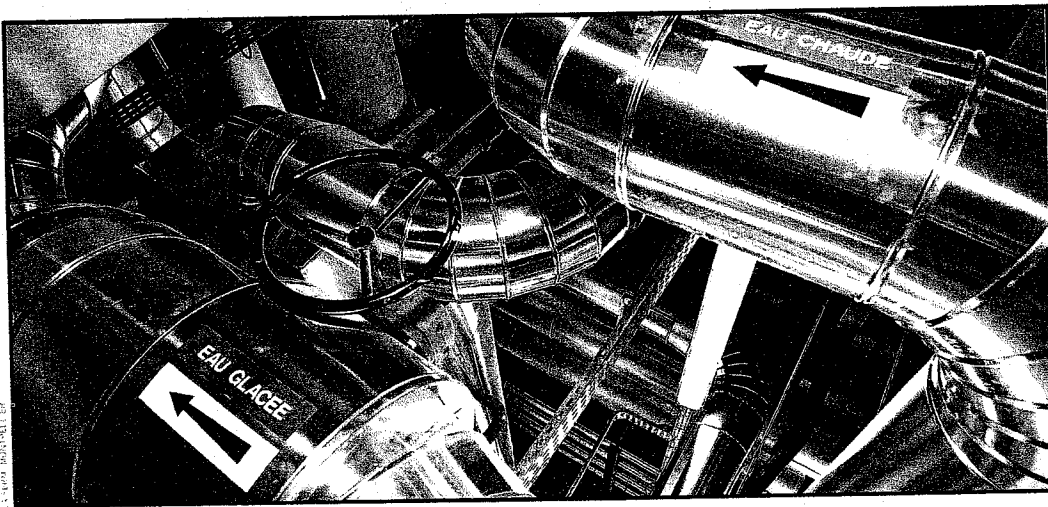
E. LAFAYETTE



ENERGIE

La tendance est à la transformation des régies en SEM. Le chauffage urbain, avec le développement des énergies renouvelables, semble promis à un bel avenir.

E. LAFAYETTE



TRANSPORTS

Le groupe Transdev est très présent sur l'ensemble du territoire. Il regroupe une trentaine de SEM, dont les réseaux urbains de Montpellier (ci-contre), Nantes, Strasbourg et Valenciennes, et des réseaux interurbains dans les Alpes.



Les SEM regardent en direction des modèles européens

Les créations de SEM ont trouvé leur vitesse de croisière. Un groupe de travail œuvre à l'évolution de leur statut.

Les sociétés d'économie mixte se portent bien. Comparé à celui d'autres structures, leur taux de sinistralité n'est pas plus important. A un rythme de l'ordre de 20 nouvelles structures par an, 110 SEM ont ainsi vu le jour depuis 2000. De fait, une structure sur dix a moins de cinq ans. C'est ce que révèle la dernière étude réalisée par la Fédération nationale des SEM, qui sera dévoilée lors du congrès de Montpellier.

Dans le détail, la ventilation de ces 110 SEM laisse apparaître une « sur-représentation » dans le secteur des services. Celui-ci rassemble, en moyenne, la moitié des sociétés. Il représente 66% des 110 dernières SEM créées, soit 71 structures. Le secteur du tourisme se taille à nouveau la part du lion, avec 21 sociétés.

Suivent l'énergie, avec la transformation de quelques régies d'électricité en SEM, et la culture, avec 7 nouvelles SEM de gestion de patrimoine culturel. L'aménagement se maintient en bonne position, avec 28 sociétés, soit un quart des structures nouvellement créées. L'immobilier n'enregistre que 11 créations, conséquence du mouvement de concentration des opérateurs de l'habitat et du bon maillage existant.

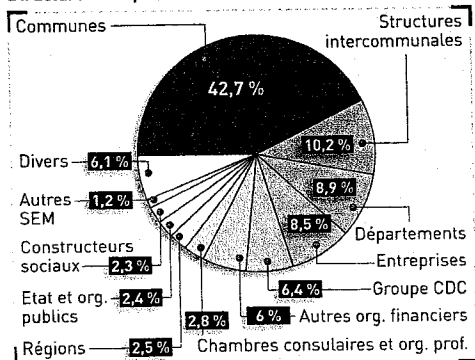
186 projets. Du côté des projets de création de SEM, on assiste à un boom dans les secteurs du tourisme et des loisirs: en tout, on dénombre 92 projets sur les 186 recensés en septembre 2005 par la fédération. Dans cet ensemble, 29 portent sur les équipements sportifs et de loisirs. Ils traduisent manifestement la volonté de certains élus locaux de confier à un opérateur unique la gestion des différents équipements

implantés sur un territoire donné. Le secteur du patrimoine et des parcs à thème enregistre, pour sa part, 27 projets. Un développement qui résulte du transfert partiel par l'Etat de la gestion du patrimoine culturel aux collectivités locales. Enfin, avec 19 projets supplémentaires, les SEM confirment leur position centrale dans la gestion des offices de tourisme et la commercialisation touristique.

En matière de développement économique, 25 projets sont à l'étude. Là encore, la décentralisation incite les élus locaux à se tourner vers ce type de structure. Par ailleurs, 14 projets de SEM « aménagement » sont recensés, malgré la très bonne couverture existante. Enfin, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, et de l'environnement, on dénombre 23 projets. De nouvelles perspectives s'offrent à ces structures, grâce à la libéralisation du marché de l'énergie et la renégociation prochaine de très nombreux contrats de production et de distribution d'eau.

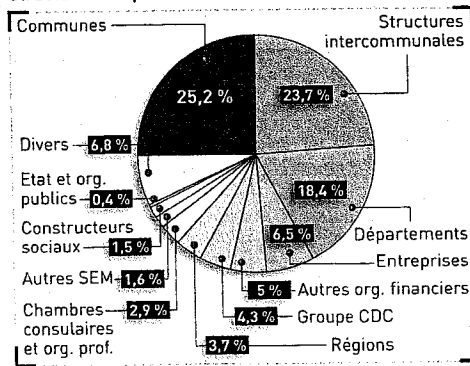
Montée en puissance des départements dans le capital

Structure du capital des SEM



En examinant la structure du capital des sociétés d'économie mixte, on remarque la montée en puissance des départements et des structures intercommunales, et, dans une moindre mesure, celle des régions. Dans le capital des dernières SEM créées (*), la participation des conseils généraux et des

Structure du capital des SEM nouvellement créées



intercommunalités a doublé. A l'inverse, les communes sont beaucoup moins présentes qu'auparavant. De plus, les dernières SEM possèdent un champ géographique d'action plus large que la moyenne.

(* SEM créées depuis 2000. Source: Fédération nationale des SEM.

Une mission d'appui. Jean-Claude Michel anime la mission d'appui aux projets de SEM, au sein de la Fédération nationale des SEM. A ce titre, il a assisté à l'éclosion de nombreuses structures au cours de ces derniers mois: « Tout d'abord, je vérifie que, sur le plan juridique, le projet entre dans les domaines de compétences des SEM, explique-t-il. Sur ce point, j'engage les élus à ne pas prendre de risques. » Exit le projet pharaonique du parc d'attraction éloigné de toute zone de chalandise ou la télévision locale pour laquelle il n'existe pas de réel modèle économique. « Une SEM est avant tout une société commerciale. Si le retour sur investissement



P. MARIN

ENTRETIEN

Maxim Peter, directeur général de la Fédération nationale des SEM.

« L'énergie représente l'un des principaux secteurs de croissance »

Pouvez-vous nous décrire le paysage des SEM en 2005 ?

Lorsque l'on examine ce paysage à une grande échelle, on a une impression de stabilité. En revanche, dès que l'on se rapproche, on observe une extraordinaire vitalité de certains secteurs, tels ceux de l'énergie, des NTIC (haut débit) et du développement économique. Après avoir progressé fortement, le chiffre d'affaires global des SEM se stabilise depuis deux ans. Actuellement, 1 158 structures, tous secteurs confondus, emploient 70 300 salariés. En ce qui concerne l'actionariat, il existe une relative stabilité, bien que les choses aient évolué ces dernières années. Les intercommunalités créent un phénomène de redistribution à l'intérieur de la structure du capital du pôle public des SEM. La région entre en scène. Manifestement, dans les années qui viennent, ce capital public va se structurer autour des régions et des intercommunalités. Par ailleurs, les villes moyennes se révèlent être un puissant moteur de création.

Quels sont les secteurs les plus porteurs, à moyen terme ?

Tout d'abord, le secteur du logement. Il apparaît que les SEM immobilières vont se positionner là où les organismes HLM ne possèdent pas toutes les compétences, notamment en matière d'aménagement. Vraisemblablement, elles pourront adopter une

niche de spécialisation sur du logement intermédiaire, des opérations complexes de requalification urbaine et sur la réhabilitation de copropriétés dégradées. A ce jour, en matière de financement, nous avons droit au même traitement que les organismes HLM, avec lesquels nous essayons de constituer un front commun. Cela dit, les SEM immobilières vont entrer dans une période de mutation, liée aux différentes fusions et acquisitions qui vont s'opérer. La Fédération nationale des SEM a signé avec l'Etat un protocole, qui prévoit de construire 33 000 nouveaux logements sociaux sur cinq ans. La recomposition du tissu des SEM immobilières va affecter en premier lieu celles de petite taille. Dans le domaine de l'énergie, la tendance est à la transformation des régies (distributeurs non nationalisés) en SEM. Dans le secteur des énergies renouvelables, le chauffage urbain et les fermes éoliennes semblent promis à un bel avenir. Si l'énergie représente l'un des principaux secteurs de croissance, l'eau et l'assainissement est lui aussi prometteur. Prochainement, 1 000 contrats vont arriver à échéance et les élus vont se poser la question de la réversibilité des modes de gestion. Et la SEM permet de remunicipaliser les services de manière simple, notamment sur le plan des personnels. Enfin, les secteurs du tourisme et du développement économique sont toujours très vivaces.

Propos recueillis par C. F.-T.

11

ne peut avoir lieu dans un délai raisonnable, je déconseille le projet. En revanche, si nous connaissons les temps de retour sur un projet donné nous donnons le feu vert.» Selon ce spécialiste, de nombreux projets sont irréalistes. Et souvent, les élus ne trouvent pas d'actionnaire privé désireux d'entrer dans le capital de leur SEM à hauteur de 15% au minimum. Sur les 40 dernières SEM créées, le délai moyen de constitution de la structure a été de dix mois. Toutefois, il arrive qu'une SEM soit créée en trois mois: « Deux délibérations de la collectivité territoriale suffisent », rappelle Jean-Claude Michel.

Exigences européennes. Développer la structure du capital des SEM pour être en conformité avec les exigences européennes: c'est ce que réclament les acteurs des SEM, tous secteurs confondus. Selon eux, la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, tendant à moderniser le statut des SEM locales, encadre trop strictement la structure de leur capital. Excepté le Luxembourg, la France est le seul pays qui oblige la collectivité à détenir plus de 50% et moins de 85% du capital des structures. De sorte que les collectivités territoriales ne peuvent être ni actionnaire minoritaire ni actionnaire unique d'une société anonyme publique: un carcan dont elles voudraient bien sortir.

Un groupe de travail formé à la demande du ministre des Collectivités locales, Brice Hortefeux, s'est réuni en juillet. Il travaille sur une évolution possible du statut des SEM, calqué sur celui des entreprises publiques locales européennes. La solution serait de permettre à la collectivité de décider seule de son niveau de participation au capital notamment en fonction de l'intérêt général de l'activité de la SEM et tout en conservant une minorité de blocage.

TRANSPORT Transdev cible les marchés mondiaux

12

Cette filiale de la Caisse des dépôts prône une mise en concurrence active des SEM.

Lorsque l'on examine les comptes du groupe Transdev, on voit que la trentaine de SEM « transports » appartenant à son réseau révèle pourtant une forte présence en France. Ainsi, 65 agglomérations et une quinzaine de stations de montagne sont desservies par des réseaux Transdev. Il s'agit d'entreprises de grande taille, dont le poids économique est significatif : chacune enregistre un chiffre d'affaires (CA) de plu-

sieurs dizaines de millions d'euros. Des SEM « transports » qui se sont regroupées avec des collectivités territoriales au sein de l'association Trans.Cité, adossée au groupe Transdev. Dans celui-ci, on raisonne toutefois « à l'international ». Car la France ne représente que 57 % du CA consolidé, qui s'élève à 690 millions d'euros. Le marché du Royaume-Uni, avec 24 % du CA vient en deuxième position, devant

l'Australie (10,5 %), le Portugal (8 %) et l'Allemagne (0,5 %).

« Nous pensons que les SEM doivent être mises en concurrence, c'est un facteur de progrès », affirme Joël Lebreton, directeur général de Transdev (*lire le témoignage*). « En même temps, les SEM doivent fonctionner comme de vraies sociétés "mixtes", à capitaux privés et publics, et non comme des sociétés municipales. Car être actionnaire à 100 % ou être simplement majoritaire ne signifient pas la même chose. Agir indifféremment constitue un "défaut d'abus de majorité". Trop souvent, les administrateurs de SEM considèrent que l'actionnaire minoritaire privé a le droit de ne pas exister. » Selon lui, la loi sur les SEM ne définit pas assez les relations avec les autres actionnaires.

Pacte d'actionnaires. Pour conquérir des marchés à l'international, Transdev suggère de nouvelles formes de partenariat. Ainsi, la ville de Gênes (Italie) voulait transformer sa régie de transports en entreprise publique locale et faire entrer un partenaire privé dans son capital. Après avoir gagné l'appel d'offres, Transdev est entré à hauteur de 40 % dans le capital de la nouvelle entreprise publique, les 60 % restants étant conservés par la collectivité. « Nous avons conclu un pacte d'actionnaires qui définit les droits et les devoirs de chacun », affirme-t-on chez l'opérateur.

Autre exemple : le groupe a proposé à une ville anglaise, qui souhaitait privatiser son réseau de transport municipal, de conserver 10 % des actions et de lui ménager contractuellement un droit de regard sur la gouvernance du réseau. Des formules souples qui, actuellement, ne pourraient pas voir le jour en France.



TÉMOIGNAGE Joël Lebreton, directeur général de Transdev

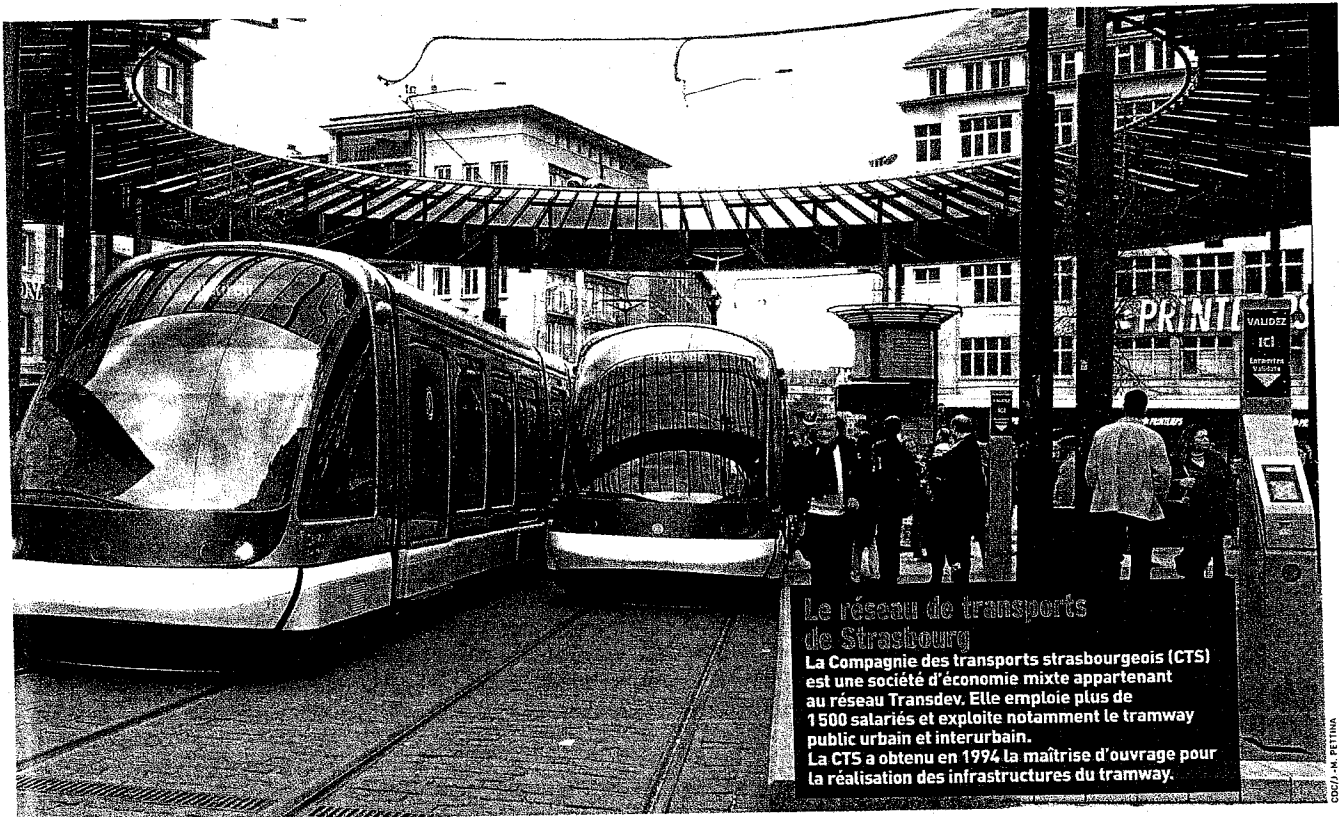
« L'économie mixte est un mode d'action parmi d'autres »

« Nous sommes des exploitants de réseaux de transports. Pour nous, l'économie mixte est un mode d'action parmi d'autres. C'est une erreur de la considérer comme un secteur d'activité. Par ailleurs, je pense qu'il existe plusieurs formes d'économie mixte et les contrats de partenariat public-privé en sont une. C'est le contexte local qui justifie le mode d'action. Dans les années 80-90, au moment de la modernisation des transports publics, les SEM ont été des outils extraordinaires d'efficacité, car il fallait à la fois un pilotage politique et une expertise technique. A l'époque, les élus savaient qu'ils ne possédaient pas la technicité requise et qu'ils devaient s'appuyer sur des entreprises privées. Aujourd'hui, est-ce qu'une collectivité doit créer une SEM pour gérer les transports publics au quotidien ? Je n'en suis pas sûr. »



Adopté le 20 juillet par la Commission européenne, le nouveau projet de règlement européen sur les obligations de service public dans les transports reconnaît enfin aux autorités organisatrices le droit de choisir leur mode de gestion, régie ou délégation de service public.

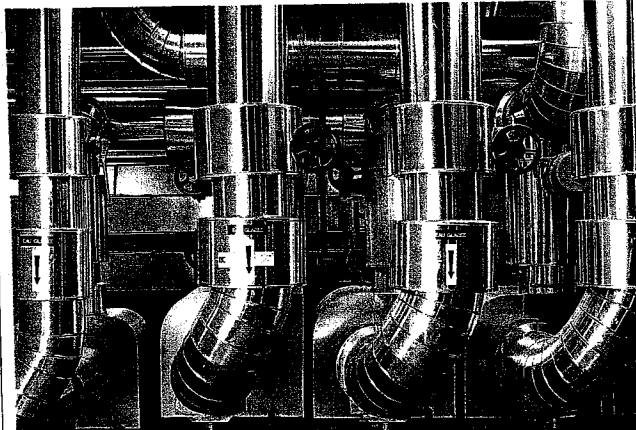
Plus de transparence. Le régime des SEM reste encore flou. Toutefois, la commission définit strictement les marges de manœuvre des autorités compétentes, sous couvert de « saine concurrence » et de « transparence des financements publics ». Dans le cas des SEM, ces assouplissements s'accompagnent de l'établissement de critères précis, relatifs, par exemple, à leur cantonnement géographique. Mais, estime Francis Chaput, directeur délégué aux grands réseaux urbains, chez Transdev, « le fait de se frotter à la concurrence est bénéfique. Le règlement européen sur les transports dresse une liste des exceptions à la mise en concurrence. Or, un règlement européen ne doit pas être une liste d'exceptions, et les SEM seraient bien mal inspirées de s'engouffrer dans ces brèches ! »



Le réseau de transports de Strasbourg
 La Compagnie des transports strasbourgeois (CTS) est une société d'économie mixte appartenant au réseau Transdev. Elle emploie plus de 1500 salariés et exploite notamment le tramway public urbain et interurbain. La CTS a obtenu en 1994 la maîtrise d'ouvrage pour la réalisation des infrastructures du tramway.

ÉNERGIE La Serm, de l'aménagement à la production d'énergie

La puissante Société d'équipement de la région montpelliéraine (Serm) n'est pas seulement un aménageur, elle est aussi un producteur et un distributeur d'énergie. Depuis 1986, cette société anonyme d'économie mixte exploite le réseau montpelliérain de chaleur et de froid, qui dessert aujourd'hui 800 000 m² de locaux dans les nouveaux quartiers de la ville: Le Polygone, Antigone, Odysseum. L'activité génère près du quart du chiffre d'affaires de la Serm (9 millions d'euros sur 41 millions) et fait de cette société le 9^e contributeur de l'agglomération au titre de la taxe professionnelle.



Le réseau de chaleur de Montpellier témoigne du mouvement de métissage des secteurs de l'aménagement et de l'énergie.

Experts en énergie. « Nos deux métiers sont complémentaires, fait valoir Frédéric Cauvin, responsable du réseau de chaleur. Notre présence au sein de la Serm nous permet d'être informés très en amont des projets d'expansion de la ville. En re-

tour, nous jouons un rôle d'experts en énergie auprès de nos collègues aménageurs. » L'activité est gérée par une équipe de quatre personnes et fait l'objet d'une comptabilité autonome au sein de la SEM. « Nous agissons comme un opérateur privé,

sans subventions du concédant, explique Frédéric Cauvin. Nos critères de développement sont très exigeants. Nos opérations ne doivent pas seulement être viables économiquement, elles doivent constituer une solution intelligente en termes

de qualité de service et de respect de l'environnement. Pour chaque projet, nous mettons tout à plat et nous essayons de trouver la meilleure équation possible. Le réseau montpelliérain a été ainsi l'un des pionniers de la cogénération. En 2000, il a été le premier réseau urbain français à se doter d'une centrale de trigénération (électricité, chaleur et froid), une solution qui permet de combiner un bon rendement énergétique et un impact environnemental réduit. Plus récemment, la centrale de Port Marianne a été distinguée par l'Ademe comme « opération industrielle exemplaire au titre des économies d'énergie et de la protection de l'environnement. »

Le réseau montpelliérain s'intéresse aujourd'hui aux énergies renouvelables, avec deux perspectives: la valorisation du biogaz issu du traitement des ordures ménagères et l'exploitation de la filière bois.

J. L. >

TÉLÉVISIONS LOCALES CTV en sursis

Début septembre, Cités Télévision (CTV) a, faute de moyens financiers, fait sa rentrée en rediffusant des émissions. A la fin du mois, ses activités devraient reprendre. Lancée en 1989, Cités télévision est portée par la SEM Assicable, qui réunit six communes de l'est lyonnais (Bron, Décines, Meyzieu, Saint-Fons, Saint-Priest et Villeurbanne) à hauteur de 60% et la Générale des Eaux (40%), à laquelle a succédé Numéricable. CTV dispose d'un budget annuel d'un million d'euros pour ses programmes, produits par une douzaine de permanents et des prestataires extérieurs. Son créneau a été clairement identifié: celui d'une «télévision de proximité

citoyenne». Un budget à rapprocher de celui de sa puissante voisine hertzienne, TLM (groupe Progrès), qui affiche quatre millions d'euros et un déficit de 1,2 million par an.

Chaîne de service public. Les maux de CTV sont liés à son manque de moyens, sa diffusion confidentielle, sur fond de politique éditoriale exigeante. Faut-il alors continuer à financer l'expérience CTV? Numéricable, en restructuration, préfère tout arrêter. Les villes restent tiraillées entre désengagement définitif et affirmation d'une «télévision de service public». Surtout qu'un chevalier blanc, p-dg d'une société de communication, a manifesté son intérêt pour reprendre Cités Télévi-



Cités Télévision est portée par la SEM Assicable.

sion. Le conseil d'administration de la chaîne vient opportunément de décider l'ouverture de son capital à «un partenaire privé». Le nouvel actionnaire serait alors bien placé

pour obtenir en 2006 une fréquence TNT grâce à CTV, prioritaire en tant que chaîne de service public. Et la SEM Assicable aura vécu.

C. F.

AMÉNAGEMENT La SEM héraultaise répond au défi démographique

Les années 2000 marquent un nouveau départ pour la société Hérault Aménagement. Dotée d'un nouveau nom et réintégrée dans le réseau Scet, l'ex-Société d'aménagement de l'Hérault, née du programme d'aménagement touristique du littoral héraultais, a désormais pour moteur l'essor démographique d'un département qui accueille 1 500 habitants supplémentaires chaque mois.

Opérateur du département. «Deux nouvelles orientations stratégiques ont été assignées à la société, explique Jean-Claude Deperrois, directeur de la SEM depuis 2001. D'abord, devenir un opérateur dédié à la mise en œuvre des politiques du conseil général. Ensuite, retrouver une place auprès des collectivités du département dépourvues



Le pôle Hérault Culture Sport a été conçu par l'architecte Zaha Hadid.

d'outil d'aménagement. «Confrontés à la pénurie de logements et à la crise foncière qui la nourrit, les élus ont réalisé que le développement n'était pas seulement l'affaire des lotisseurs et des promoteurs privés», souligne Jean-Claude Deperrois. La SEM intervient aujourd'hui dans

dix-neuf communes du département pour aménager des ZAC, créer des lotissements ou construire des équipements. Le programme collèges, qui remplissait quasi exclusivement le plan de charge de la société il y a quelques années, est devenu un levier de l'aménagement du ter-

ritoire. «Nous essayons de rendre notre démarche cohérente en jumelant des actions», explique André Vezinhet, président du conseil général et président de la SEM. Un collègue ne peut plus être un équipement isolé. Il doit être l'élément fort d'une opération plus vaste intégrant habitat et activités. Dans le même temps, la société a diversifié ses interventions auprès du conseil général. Son projet-phare: la construction du pôle Hérault Culture Sport, un programme de 32 000 m², qui associera les archives départementales, la bibliothèque centrale de prêt et la Maison des sports. Conçu par l'architecte britannique Zaha Hadid, l'édifice, complété par un programme d'habitations, aura aussi pour fonction de raccrocher le quartier populaire de La Paillade à la ville de Montpellier.

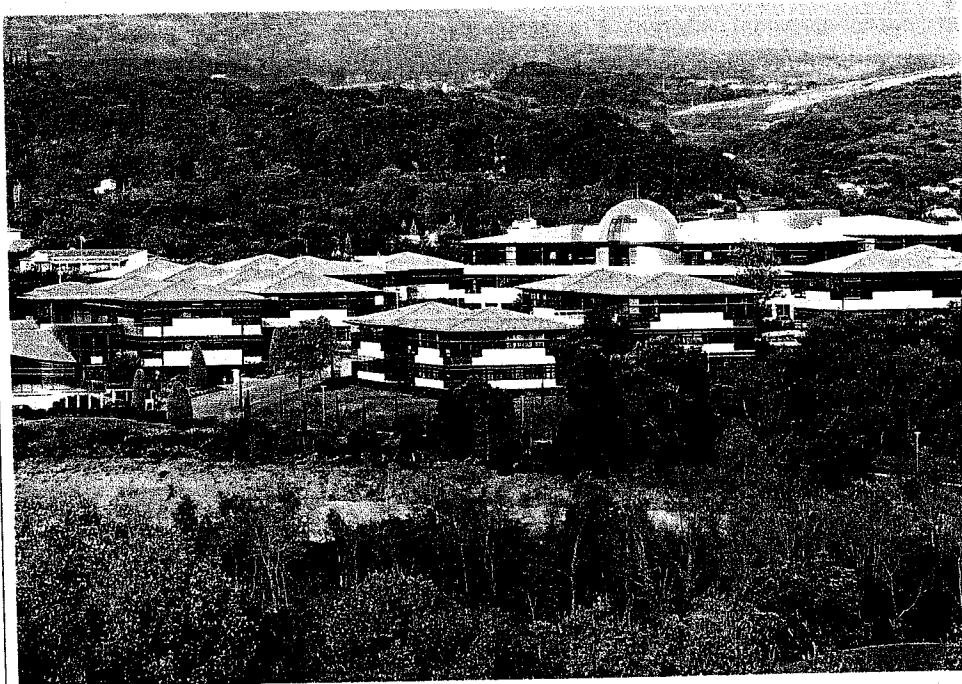
J. L.

TECHNOPOLE Sophia Antipolis, un exemple pour les pôles de compétitivité

Après trente ans d'existence, la technopole fait figure de référence. A condition d'éviter certains écueils.

Créée au début des années 70, Sophia Antipolis est la première technopole européenne. Elle est rapidement devenue le modèle de ces zones d'activité d'un nouveau genre, réunissant les entreprises, la recherche et la formation. Le rôle de maître d'ouvrage est assuré par le syndicat mixte Sophia Antipolis (Symisa) qui regroupe le conseil général, la chambre de commerce, neuf communes et, bientôt, le conseil régional. La SEM Sophia Antipolis aménage et commercialise cette zone de 2 400 hectares, dont les deux tiers sont protégés, et la Fondation Sophia Antipolis assure l'animation culturelle et scientifique. Trente et un ans après l'installation de la première entreprise sur le site, la technopole accueille 27 000 salariés, dont 4 500 chercheurs et 5 000 étudiants, avec une très forte spécialisation autour d'un pôle informatique-électronique-télécommunications, qui représente 25% des entreprises du site et près de la moitié des emplois. Autant d'éléments qui rapprochent la technopole des 67 pôles de compétitivité retenus par le gouvernement en juillet.

Lieux de convivialité. Pour ces nouveaux espaces qui cherchent à se mettre en forme, l'expérience de la SEM Sophia Antipolis est riche d'enseignements. A condition d'appliquer quelques principes de base qui ont émergé au fil des années, ce que tout nouveau projet de création devrait aujourd'hui impérativement prendre en compte, estiment les responsables de la SEM.



La SEM Sophia Antipolis aménage et commercialise les 2 400 hectares de cette technopole.

« La finalité d'un parc technopolitain ou de ces futurs pôles, c'est d'amener des gens de milieux et de philosophies très différents à se rencontrer et à créer de la valeur ajoutée, souligne Jacques Masboungi, directeur général de la SEM. Cela génère un besoin très fort de lieux de convivialité et de rencontre que nous n'avons pas suffisamment mesuré à l'origine, mais qui est fondamental. » Ainsi, deux centres de vie seulement avaient été prévus dans le plan d'aménagement du site. Le premier, qui s'articule autour du lycée international fréquenté par 2 500 élèves, est rapidement apparu comme sous-dimensionné. Le deuxième, mal positionné, n'a jamais vraiment fonctionné. « Nous avons pris conscience de ces besoins, alors que les deux tiers du parc avaient été réa-

lisés. Nous ne pouvions plus le reconfigurer, alors nous avons choisi d'y remédier en adoptant une organisation polynucléaire », poursuit le directeur. Un troisième centre est donc en cours de réalisation. Prévu pour être achevé d'ici à 2009, il s'articule autour des principes d'accessibilité, de fonctionnalité, de valorisation des espaces publics et de mixité – avec des logements, une offre commerciale et de restauration et des loisirs, dont l'accès direct à un golf. Autre constat apporté par l'expérience de Sophia Antipolis: la nécessité d'instaurer une véritable continuité entre la technopole et son environnement. « La difficulté consiste à trouver le juste équilibre en prenant en compte le besoin d'identification d'un territoire, qui ne doit pas être banalisé, sans tou-

tefois devenir une île, ce que Sophia est encore », reconnaît Jacques Masboungi. D'où l'augmentation des constructions de logements (2 500 aujourd'hui), privés et aidés, pour une plus grande mixité et une meilleure adaptation aux besoins du territoire, et un travail qui reste encore insuffisant sur les transports. La ceinture verte de la technopole est devenue un véritable parc urbain pour les communes des alentours, ce qui est aussi un facteur d'intégration. « La vie a changé, les gens se sont appropriés le site, et si nous appliquons toujours le schéma d'aménagement d'origine, toute commercialisation doit être approuvée par le comité d'agrément du Symisa, qui est davantage à l'écoute des élus », note Jacques Masboungi.

B. C. >

EAU La Sagep, une SEM militante

La société d'économie mixte pointe du doigt les dysfonctionnements inhérents à ce secteur d'activité.

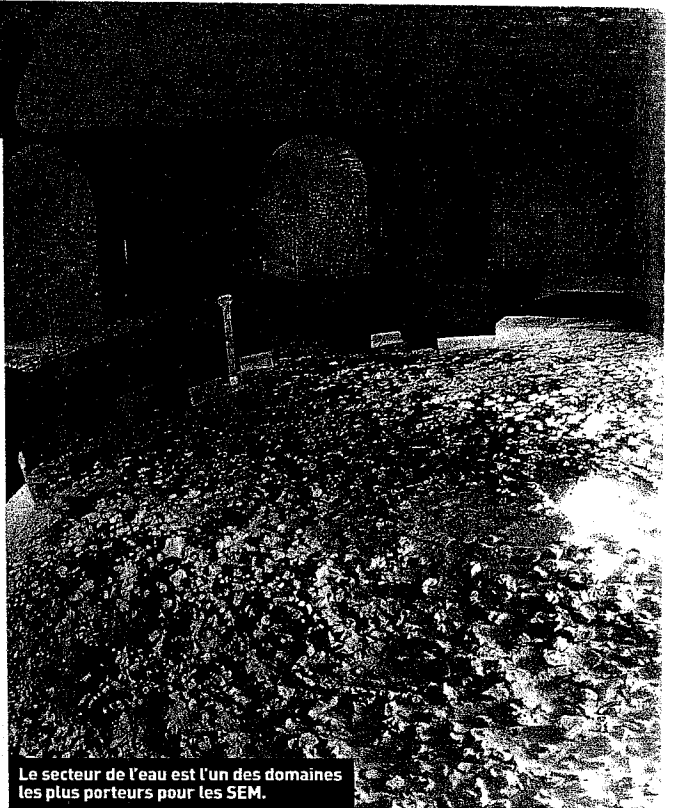
A la Société anonyme de gestion des eaux de Paris (Sagep ou Eau de Paris), on ne souffre aucune interférence des actionnaires privés dans la gestion de l'eau. Anne Le Strat, qui en est la présidente depuis 2001, mène une lutte active pour sensibiliser les élus à cette forme de gouvernance. Les activités d'Eau de Paris vont de l'alimentation en eau de la capitale (production, transport et distribution) au développement d'appareillages spécifiques, et à l'aide technique aux collectivités nationales et internationales.

600 salariés. Avec un volume annuel de 246 millions de mètres cubes produits, cette SEM emploie 600 salariés. Parmi eux, 60% relèvent du droit privé, les autres, de la fonction publique de la ville (les agents des villes de Paris, Lyon et Marseille ont un statut spécifique). Son capital, qui s'élève à 1 000 000 d'euros, est détenu par la Ville de Paris, la Générale des Eaux, la Lyonnaise des Eaux-France, le Crédit municipal, la Régie immobilière de la ville de Paris (RIVP), la Société anonyme

Une charte de réseau

Présentée en 2004 lors du congrès de Bordeaux, la charte des entreprises publiques locales de l'eau témoigne de la philosophie commune des SEM «eau». A l'approche de la renégociation de nombreux contrats, les entreprises publiques locales souhaitent réaffirmer certains principes, dont leur attachement au fait que le prix de l'eau doit assurer son financement de l'eau et rien que cela. Dans cette optique, les dix entreprises signataires de la charte ont constitué des groupes de travail thématiques et se sont engagées à promouvoir l'économie mixte comme mode pertinent de délégation de gestion du service public de l'eau.

Contact. Didier Marcaud, tél. : 01.53.32.22.45.



Le secteur de l'eau est l'un des domaines les plus porteurs pour les SEM.

de gestion immobilière (Sagi) et la Société de gérance d'immeubles municipaux (SGIM). En 2004, cette SEM a mené à bien le renforcement des captages d'eau souterraine et la construction de quatre usines pour son traitement. Par ailleurs, des travaux de déviation ont porté sur neuf kilomètres de canalisation de transport, en vue de l'implantation du tramway des Maréchaux. Enfin, la même année a vu la modernisation des usines de traitement des eaux de surface (plomb, bromate).

Un opérateur public unique. «La SEM "eau" offre une certaine souplesse de gestion, lorsqu'on la compare à la régie directe et son cortège de lourdeurs administratives liées à la passation des marchés, explique Anne Le Strat. L'entrée dans le capital de la Sagep de distributeurs privés ne leur a pas rapporté de dividendes, pas plus qu'ils n'ont essayé d'interférer dans la gestion de la société. Sur le terrain, nous sommes parfois en contentieux avec eux, en particulier sur des dossiers techniques. En 2009, les contrats avec les distributeurs arriveront à échéance.

Ma position est la suivante: je ne vois pas l'intérêt d'avoir deux opérateurs, pour la production et la distribution. Un seul opérateur, de nature publique, doit assurer la production et la distribution. J'ai demandé à la Générale des Eaux et à la Lyonnaise des Eaux de sortir du capital à la fin de 2005. Ils détiennent chacun 14% du capital. Je constate que nous réalisons l'essentiel des investissements lourds, alors même que l'entretien et la maintenance des équipements, qui sont exécutés dans le cadre d'une délégation de service public, représentent la part la plus lucrative de l'activité. Aucune maintenance préventive n'est réellement réalisée. Cela nous a d'ailleurs conduit à passer, en 2003, un avenant avec nos deux délégataires. C'est la raison pour laquelle je milite pour créer une entreprise publique locale à l'européenne, dans laquelle 100% du capital peut être détenu par une ou plusieurs collectivités publiques, ou par des collectivités publiques et d'autres entités publiques.» Pour mémoire, la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des SEM a corrigé certains dysfonctionnements.



E. GAFFARD

POUR ALLER PLUS LOIN

Bibliographie

Deux ouvrages de référence consacrés aux sociétés d'économie mixte.

Vade-mecum du créateur de SEM



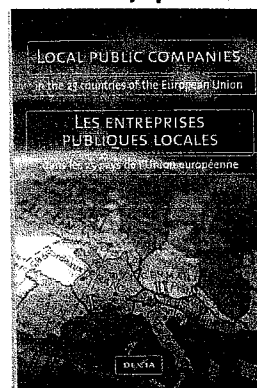
L'auteur, Jean-Claude Michel possède une large expérience professionnelle, tant dans le secteur public que privé. Il a été durant vingt ans cadre dirigeant de l'une des plus importantes sociétés d'économie mixte locales françaises. Il est aujourd'hui consultant pour le compte de la

Fédération nationale des SEM, où il est chargé de l'appui aux projets. L'ouvrage est un guide pratique traitant pour la première fois des mécanismes et des conditions de création des sociétés d'économie mixte locales. Les différentes étapes y sont décrites et analysées. Notamment, les précautions à prendre, les pièges à éviter, etc. De nombreux exemples pratiques viennent illustrer le propos, et un cédérom de formulaires est joint à l'ouvrage. Celui-ci intègre les dernières dispositions législatives et réglementaires.

Cet ouvrage s'adresse en priorité aux élus locaux, aux fonctionnaires territoriaux et aux partenaires des SEM, sans oublier les juristes et les étudiants. Collection : Guides Méthodes, éditions du Moniteur.

Site internet : www.editionsdumondeur.com

Les entreprises publiques locales, dans les 25 pays de l'Union européenne



Cet ouvrage met en évidence le poids croissant des entreprises publiques locales dans la vie économique et politique européenne et les évolutions dont elles font l'objet depuis une dizaine d'années. Forme institutionnelle de partenariat entre acteurs publics ou

entre acteurs publics et privés, les entreprises publiques locales interviennent au sein de l'Union européenne dans la fourniture de services publics locaux (énergie, développement économique, transports publics). A ce jour, on recense 16 000 entreprises de ce type en Europe, qui emploient 1,1 million de personnes et représentent un chiffre d'affaires de 140 milliards d'euros. La définition retenue de l'entreprise publique locale est : « une entreprise de forme sociétaire, exerçant une mission d'intérêt général, et dont au moins 50 % du capital est détenu par une ou plusieurs collectivités locales, voire moins de 50 % si ces autorités conservent en pratique un contrôle réel sur l'activité de l'entreprise ».

Editeur : Dexia.

L'article 2 de la loi (*), qui autorise les collectivités à prendre part aux modifications de capital, sécurise notamment les opérations de cession de capital vis-à-vis du contrôle de légalité. Cette loi impose une délibération de la collectivité avant toute cession de capital, ce qui n'était pas le cas auparavant.

Au-delà de ces assouplissements, les SEM « eau » pourraient connaître un regain d'intérêt de la part des élus, soucieux de la réversibilité de leurs modes de gestion. Environ mille contrats arriveront à échéance dans les années qui viennent : la question de leur création ne manquera pas de se poser.

(* Art. 1522-4 et 1522-5 du Code général des collectivités territoriales.

■ Rendez-vous

Le 39^e congrès national des SEM se tiendra à Montpellier du 11 au 13 octobre, parallèlement au salon du développement local. Ces deux manifestations sont organisées par le Groupe Moniteur et la Fédération des SEM.

Inscriptions : www.salonsdl.com et www.congresdessem.com

■ Site web

www.federationdessem.org

Formation

L'École nationale des ponts et chaussées

(ENPC) organise, les 22 et 23 novembre, une session de formation sur le nouveau cadre d'intervention des SEM. Au programme : le rappel du régime général des SEM, les contrats avec les collectivités (conventions d'aménagement, conventions de mandat, délégations de service public) et les relations financières entre les SEM et les collectivités locales.

Renseignements et inscriptions. Tél. : 01.44.58.27.27.

L'Institut des administrateurs de SEM

forme les élus et les administrateurs, à l'occasion de séminaires. Ces derniers s'articulent autour de cinq modules : l'organisation et le fonctionnement des SEM ; les responsabilités des administrateurs ; les phases critiques d'une société d'économie mixte ; les contrats ; et l'environnement financier de l'administrateur.

Renseignements. Catherine Proust-Desbonnet, tél. : 01.53.32.22.27.

