

# CENTRE DE GESTION DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE DE L' AISNE

**Mercredi 14 Septembre 2011**

## CONCOURS INTERNE D'ACCES AU CADRE D'EMPLOIS DES REDACTEURS TERRITORIAUX

\*\*\*\*\*

### Rédaction d'une note administrative à partir d'un dossier portant sur le droit public en relation avec les missions des collectivités territoriales (Durée : 3 heures ; coefficient 4)

#### SUJET :

Le Maire de votre commune vous demande, au vu des documents joints, de lui rédiger une note administrative concernant la société publique locale.

- Document n°1 : Article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales (page 2)
- Document n°2 : Yvon Goutal, Une société publique locale, pour quoi faire ? AJ Collectivités territoriales 2011 (pages 3 à 6)
- Document n°3 : Régime juridique des SPL et SPLA : parution de la circulaire d'application à la lumière de la réforme des compétences des collectivités. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, 16 Mai 2011 (page 7)
- Document n°4 : Les SPL, un an après la loi du 28 mai 2010. La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, 11 Juillet 2011. (page 8)
- Document n°5 : Catherine Bergeal, Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? AJ Collectivités territoriales 2011 (pages 9 à 11)
- Document n°6 : Yann Wels, Sociétés publiques locales et société publiques locales d'aménagement : entre clarification et imprécisions réglementaires (pages 12 à 14)
- Document n°7 : Gérard Terrien, Le développement des sociétés publiques locales. Droit Administratif, 10 Octobre 2010 (pages 15 à 24)
- Document n°8 : Catherine Bergeal, « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi » AJDA 2010 (pages 25 et 26)

Vous ne devez faire apparaître aucun signe distinctif sur votre copie, ni votre nom,  
ni le nom d'une collectivité existante, ni signature, ni paraphe.  
Les feuilles de brouillon ne seront en aucun cas prises en compte.  
Votre copie ne doit pas être rédigée au crayon de bois.

## Document n° 1

### CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

#### PREMIÈRE PARTIE LÉGISLATIVE

#### PREMIÈRE PARTIE DISPOSITIONS GÉNÉRALES

#### LIVRE CINQUIÈME DISPOSITIONS ÉCONOMIQUES

#### TITRE III SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES

#### Art. L. 1531-1

**Art. L. 1531-1** (*L. n° 2010-559 du 28 mai 2010, art. 1<sup>er</sup>*) Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires.

Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre.

*V. Circ. du 29 avr. 2011 (COT/B/11/08052/C) sur le régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).*

Code général des collectivités territoriales © Editions Dalloz 2011

### AJ Collectivités territoriales 2011 p. 266

Une société publique locale, pour quoi faire ? 📄 (1)

**Yvon Goutal, Avocat au barreau de Paris**

Techniquement, les sociétés publiques locales (SPL) sont des sociétés d'économie mixte sans composante privée et qui ont, du coup, perdu toute mixité... Fondamentalement publique, la société publique locale est ancrée dans le giron des collectivités, guidée par ces dernières et soumise à toutes les formes de contrôles concevables : statutaire, organique, financier, contractuel. Voilà qui devrait rassurer...

Mais parce qu'elle est également née « société », implicitement commerciale, la société publique locale est marquée du sceau d'une certaine forme de libéralisme ; certains y voient un recul de la sphère publique, de la fonction publique, voire du service public...

De fait, de nombreuses voix se sont élevées, dès l'apparition de cette nouvelle modalité de l'action publique, contre un risque d'externalisation massive de services jusqu'alors exécutés en régie, d'atteinte au statut de la fonction publique, de dérive commerciale, de prééminence de la gestion et de la performance financière. Ces risques existent assurément, et ils doivent être pleinement intégrés à la réflexion.

Pour autant, il serait regrettable d'exclure d'emblée l'outil au seul motif des risques qu'il peut comporter. Et il ne faut pas négliger les perspectives considérables qu'offre la possibilité de « conventionner » librement des activités d'intérêt général, de service public, avec une structure soumise à un régime de droit privé mais dont les collectivités sont maîtresses :

- création de « quasi régies » libres de recruter selon les règles du droit privé, et de gérer selon la comptabilité privée ;
- remunicipalisation de services jusqu'alors délégués au secteur privé ;
- création de structures partenariales entre collectivités réticentes à un regroupement au sein d'un EPCI ;
- création d'agences de mutualisation de moyens, au profit de petites collectivités ou « entre égaux ».

En réalité, la SPL est politiquement et techniquement neutre : elle peut être l'instrument d'une politique libérale aussi bien que celui d'un interventionnisme social, d'un éloignement ou d'un rapprochement du service considéré par rapport à la collectivité. Elle peut même n'affecter en rien la distance entre le service et la collectivité, et n'avoir pour objet que de régulariser une situation antérieure.

#### **La SPL, outil d'individualisation**

La société publique peut, évidemment, servir d'outil d'externalisation d'un service, ou plutôt, pour respecter la logique du *in house*, d'individualisation. En ce sens, la SPL rejoint l'établissement public, « service public personnalisé », selon la définition du doyen Hauriou.

En d'autres termes, la SPL permet à une collectivité d'autonomiser la gestion d'un équipement, ou d'une activité, tout en le maintenant dans la sphère publique et en gardant son étroit contrôle. À titre d'illustration, on peut mentionner la création, la rénovation et ou simplement l'exploitation d'une salle de spectacle (théâtre, cinéma, danse...), d'un monument susceptible d'accueillir des visiteurs et des spectacles, d'un équipement sportif ou de halles accueillant des marchés forains.

Dans ce cas de figure, le passage de la masse générale des services, et du budget général, à la SPL ne s'analyse pas très différemment d'un passage en régie personnalisée : individualisation des comptes, vérité des coûts, optimisation espérée et éventuellement, si l'activité relève de la catégorie des services publics industriels et commerciaux, mise en évidence de la possibilité d'exploiter selon les règles du droit privé, qu'il s'agisse des liens avec les agents, avec les fournisseurs ou avec les usagers.

La SPL permet d'aller plus loin en mutualisant les contributions au service individualisé : elle peut en effet, et c'est au fond sa vocation même, intéresser une autre collectivité à l'équipement ou à l'activité considérée. Bien souvent, un cinéma communal concerne un public bien plus large que celui de la commune qui l'accueille. L'intercommunalité - la vraie, l'historique, celle que la loi du 16 décembre 2010 a réformée - présentant parfois trop d'inconvénients et de lourdeurs aux yeux des communes voisines, un « mariage » n'était pas concevable.

La SPL permettra d'envisager un simple concubinage, sans engagement irréversible, et offrant - notamment si on les organise à l'avance - des possibilités de retrait sans conséquences financières

excessives. C'est également parfois une mise en cohérence d'équipements et un partage de personnels que la SPL rendra possible : on pense notamment, dans cet esprit, à des calendriers concertés d'ouverture de halles et marchés, à une politique d'abonnement multisite à l'égard des commerçants et surtout à une mise en commun d'un ou plusieurs placiers. En choisissant cette solution, certaines communes se sont créées une voie nouvelle, qui complète l'alternative classique entre la gestion communale, à une échelle bien souvent étriquée, et la convention d'affermage de droits de place, au profit de groupes spécialisés.

À ce titre, en tant qu'elle permet une mutualisation entre collectivités - y compris de niveaux différents, ce que l'intercommunalité classique n'admet que difficilement - la SPL constitue une offre véritablement nouvelle, les outils existants (établissement public de coopération culturelle, groupement d'intérêt public, association, intercommunalité...) ne répondant pas toujours - il s'en faut de beaucoup - aux attentes des collectivités.

#### **La SPL, outil de réinternalisation**

C'est surtout comme outil de remunicipalisation que la SPL a acquis, dans les mois qui ont suivi sa création, une certaine notoriété. De nombreux dirigeants de collectivités y ont en effet vu un moyen de mettre fin à une forme de dépossession du service public que subiraient les personnes publiques. De fait, de nombreux services publics ont été massivement confiés au secteur privé, et singulièrement à quelques « mastodontes » dont le modèle économique, reproduit dans le monde entier, repose sur la fameuse concession de travaux publics et de service public, devenue officiellement délégation de service public à la fin du vingtième siècle.

Les risques ne sont certes pas négligeables pour les collectivités, qui se trouvent exposées en première ligne, pour l'exploitation et surtout la création ou la rénovation d'équipements qui peuvent s'avérer particulièrement lourds. Les secteurs de prédilection de cette démarche sont en effet la production et la distribution d'eau potable, l'assainissement, les déchets, mais également l'aménagement, les réseaux de chaleur ou de données, et bien sûr, les transports. Dans tous ces domaines, la mise de départ peut s'avérer particulièrement lourde, notamment pour une collectivité agissant seule.

Derechef, on le constate, l'intérêt majeur de la SPL réside alors dans la mutualisation, à plusieurs titres. Elle permet d'abord la mise en commun de moyens, notamment financiers, et le partage des risques, ce qui est essentiel s'agissant par exemple d'aménagement. Elle permet surtout d'accroître la taille des réseaux dont le maillage, le passage à une taille critique, permettant la mutualisation des personnels et des équipements, constitue l'une des clés économiques. Il en va ainsi notamment de services publics tels que la distribution d'eau potable ou l'assainissement. En ajoutant la faculté de regroupements mixtes, par exemple entre communes et départements, la SPL offre enfin une alternative totalement nouvelle, les formules mixtes existantes ne présentant pas toute la légalité et la souplesse requises. Cette nouvelle option suscite une réflexion intense, notamment dans le secteur des transports publics de voyageurs.

Dans un registre différent, qui ne concerne plus cette fois les services publics mais les activités d'intérêt général, second pôle légalement reconnu à l'intervention des SPL, ces dernières peuvent devenir des prestataires au profit de leurs membres. Les domaines concernés sont infiniment variés, et concernent aussi bien l'instruction des permis de construire, plus largement l'urbanisme, que le traitement préparatoire des demandes de subvention, la maîtrise d'oeuvre, l'analyse juridique, le suivi des assurances ou les différentes polices et activités liées à l'environnement (SPANC, par exemple)... Ce rôle de mutualisation technique n'a pas échappé à bon nombre de collectivités, qui ont vu une alternative aux agences techniques départementales (qu'elles revêtent une forme publique ou associative) ou à une intercommunalité, centrée autour des services délégués et non des moyens mutualisés.

De fait, l'outil semble très adapté et devrait permettre à certaines collectivités soit d'accroître leur technicité, soit de réinternaliser des prestations qu'elles étaient contraintes, jusqu'alors, de confier au secteur privé.

On saisit mal, d'ailleurs, ce qui justifie la frilosité sur ce point de la circulaire du ministère de l'Intérieur en date du 29 avril 2010, consacrée aux SPL et SPLA : rien n'interdit que des collectivités confient à une SPL des fonctions supports qui relèvent assurément de leurs compétences (ce terme ne s'entend pas uniquement dans une acception d'intercommunalité...) et de missions d'intérêt général. Le fait qu'une loi postérieure - celle du 16 décembre 2010 - ait finalement libéralisé la mutualisation au sein des EPCI, permet certes de se réjouir que la SPL ne soit pas l'unique moyen de partager des fonctions supports, mais cette loi postérieure ne permet certainement pas d'affirmer que le législateur de mai 2010 avait à l'esprit d'exclure les fonctions supports de la sphère d'action des collectivités.

Comme certaines administrations d'État, tenant d'un regroupement intercommunal classique, les opérateurs privés ne voient généralement pas d'un bon oeil ce type d'action des SPL. Mais, contrairement à une première idée reçue, bon nombre d'opérateurs privés ne voient pas que des inconvénients à cette démarche des collectivités : la technique appelle la technique... Une seconde idée communément partagée est que les collectivités risqueraient, en agissant de la sorte, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Depuis l'arrêt *Unipain*  (2) (rendu aux célèbres conclusions du président Braibant « L'État n'a jamais été tenu d'acheter ses armes aux industriels ; il ne peut être tenu [...] d'acheter son pain aux boulangers »), il est pourtant clairement jugé que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux

besoins de ses services ».

Rendu au profit de l'État, l'arrêt est évidemment transposable à toutes les personnes publiques (3). Sans doute la solution est-elle longtemps restée limitée aux prestations au sein de la même personne morale, ce qui ne la rendait pas applicable à des relations entre personnes publiques mais le Conseil d'État l'a ultérieurement étendue (4). Des freins existent certes toujours, mais qui relèvent du droit communautaire et non de la liberté du commerce et de l'industrie...

C'est là, d'ailleurs, que réside encore le danger ; et les collectivités candidates à la création d'agences de mutualisation auraient tort de le négliger. Pour que le *in house* continue à s'appliquer, il faut, nous rappelle la jurisprudence communautaire, que la collectivité bénéficiaire de la prestation exerce sur la structure considérée un « contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec ses membres (5). Sur ce dernier point, le respect de la loi devrait suffire à mettre les collectivités à l'abri des foudres communautaires.

Sur le premier point, en revanche, la prudence sera de mise. Le juge communautaire a certes admis qu'une collectivité pouvait ne pas être seule à bord et satisfaire tout de même à la condition dite de « contrôle analogue ». Mais, en premier lieu, le juge communautaire, comme tous ses homologues, n'est pas insusceptible d'abjurer sa précédente jurisprudence et il viendra, assurément, la préciser. Les projets pharaoniques d'agence de mutualisation de taille trop importante risqueront alors d'être dangereusement exposés. Une combinaison de modération (est-il raisonnable, au moins dans un premier temps, d'envisager des SPL regroupant des centaines de collectivités ?) et de travail approfondi sur la gouvernance de la société (par exemple sur le règlement intérieur, les attributions au sein du directoire) est, en pratique, la réponse adaptée.

La mise en garde ne concerne d'ailleurs pas seulement les agences de mutualisation : le risque de perte de contrôle existe dans de nombreux schémas, qu'il s'agisse d'internalisation ou d'individualisation, et doit faire l'objet d'un examen attentif dans chaque projet de SPL.

#### **La SPL, outil de régularisation**

C'est au demeurant comme outil de régularisation, parfaitement neutre sur le plan politique et organisationnel, que la SPL trouve le plus sa place, en pratique : loin de constituer un outil de bouleversement, elle se borne alors à permettre de pérenniser une réponse adaptée au besoin de la collectivité, loin des polémiques...

Chacun connaît la place jouée, dans le secteur de l'aménagement et de l'urbanisme, par des sociétés d'économie mixte dans lesquelles le rôle du privé est devenu fort modeste et dont le fonctionnement était bouleversé par la soumission au code des marchés publics, aux règles de passation des délégations de service public (DSP) et des concessions d'aménagement de ZAC...

Il n'était pas rare, en pratique, dans ces secteurs ou dans d'autres, que ces sociétés d'économie mixte locales (SEML) - à la légitimité technique incontestée - soient mal armées pour répondre aux appels d'offres et autres procédures de mise en concurrence. Elles étaient alors condamnées à de sévères restrictions et ne survivaient parfois qu'au prix d'une certaine complaisance dans les procédures, source de danger pour tous les intervenants... L'hypothèse n'est pas, non plus, théorique dans le secteur des transports publics.

La transformation de ces SEML en SPL (initialement en SPLA, qui ont joué un rôle précurseur) était particulièrement aisée, techniquement, puisqu'elle ne supposait, outre quelques ajustements statutaires de détail, que la cession des parts des acteurs privés. Les discussions ont certes parfois été assez âpres avec des acteurs privés qui trouvaient soudain une grande valeur à des participations présentées peu avant comme de coûteuses « danseuses ». Mais, globalement, ces anciennes SEML constituent le gros des bataillons des nouvelles SPL.

Dans les secteurs culturel, sportif, social, subsistent par ailleurs de nombreuses structures associatives, qui ont survécu à toutes les campagnes de « nettoyage » lancées par les collectivités, notamment pour réduire le risque de gestion de fait ou le risque lié à des DSP et marchés publics déguisés en subventions.

Cette survie a pour explication principale un constat très simple : aucune autre formule juridique que l'association, malgré tous ses risques, ne permettait parfois d'aboutir à l'organisation, à la distance optimale, souhaitée par la ou les collectivités.

L'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'État offre certes un renouveau à la formule associative : à condition de bien maîtriser les nuances de la jurisprudence, de la mettre en oeuvre dans les statuts comme dans la vie quotidienne, il existe assurément une place pour un *in house* associatif... Mais faute de dispositif législatif explicite, à la différence de la SPL, l'association intermunicipale reste un peu aventureuse (6).

Soucieuses de régulariser des situations associatives à risque, les collectivités locales peuvent alors être tentées de recourir à la formule de la SPL, sans autre changement que le statut de la structure porteuse du service. La place ou plutôt l'absence de place laissée aux volontaires privés (qui ne peuvent plus

siéger dans une SPL, sinon dans des comités élargis ou autres instances de consultation et coordination) est certes de nature à poser une difficulté, dont il conviendra de tenir compte pour écarter au besoin la SPL. Mais, en pratique, les collectivités avaient parfois bien du mal à trouver des partenaires privés, ce qui expliquait en partie les problèmes de gestion de fait...

Dans le même esprit, la soumission des SPL au régime fiscal des sociétés peut compliquer ou aggraver singulièrement le coût de fonctionnement de la structure. De nouveau, ce paramètre peut conduire à écarter la SPL comme substitut à l'association. Mais il ne faut pas surestimer pour autant la différence réelle entre les deux modes de gestion : s'il existait un risque de requalification en marché public ou en délégation de service public, c'est que l'activité de l'association risquait de relever du régime des impôts commerciaux... En d'autres termes, le passage en SPL se borne parfois à révéler une fragilité antérieure...

On mesure donc, pour conclure, que la création de SPL dans les secteurs culturels ou sociaux n'a bien souvent pas l'aspect choquant que certains lui prêtent : il s'agit le plus souvent d'une simple régularisation... et au fond, la SPL n'est pas moins légitime pour assumer ce type de service qu'une association, tout aussi étrangère au secteur public qu'une société...

Cet exemple est illustratif de l'allergie que provoque parfois la SPL, de l'incompréhension et à l'inverse de l'engouement qu'elle suscite chez certains. Une rationalisation du choix est pourtant aisée : en permettant une « externalisation/internalisation » très innovante et inclassable, la SPL impose une réflexion sur l'organisation des collectivités, que ce soit pour l'écarter ou l'adopter.

Neutre politiquement et juridiquement, la SPL sera ce que les élus en feront... Qu'on s'en réjouisse ou s'en inquiète, elle fait dorénavant partie du champ des possibles.

#### Références principales

Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010

Pour l'ensemble des travaux parlementaires : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp108-253.html>

Loi n° 2010-1563 du 16 déc. 2010

Loi n° 83-597 du 7 juill. 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, modifiée à plusieurs reprises (not. par la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et la loi n° 2002-1 du 2 janv. 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales).

Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005

Loi n° 2006-872 du 13 juill. 2006 portant engagement national pour le logement (SPLA)

Décrets-lois dits « Poincaré » des 5 nov. et 28 déc. 1926

Circ. du 8 févr. 2008 du ministère de l'Intérieur, NOR : INT/08/00027/C

Circ. du 29 avr. 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA, NOR : COT/B/11/08052/C

CJCE 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98

CJCE 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03

CJCE 6 avr. 2006, *ANAV c/ comune di Bari*, aff. C-410/04

CJCE 11 mai 2006, *Carbotermo Spa, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio. AGESP SpA*, aff. C-340/04

CJCE 19 avr. 2007, *ASEMFO*, aff. C-295/05

CJCE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant SA*, aff. C-324/07

CJCE 9 juin 2009, *Rép. fédérale d'Allemagne*, aff. C-480/06

CJCE 10 sept. 2009, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossola*, aff. C-573/07

CJCE 15 oct. 2009, *Acoset SpA c/ Province de Raguse*, aff. C-196/08

CE 29 avr. 1970, *Société Unipain*, req. n° 77935, Lebon 280 

CE 16 oct. 1970, *Cne de Saint Vallier*, req. n° 71536 

CE 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, Lebon 272 

## Régime juridique des SPL et SPLA : parution de la circulaire d'application à la lumière de la réforme des compétences des collectivités

### Organisation administrative

Sommaire

Circ., n° COT/B/11/08052/C, 29 avr. 2011

Signée par la Direction générale des collectivités locales, la circulaire du 29 avril 2011, apporte quelques précisions sur le régime juridique des sociétés publiques locales (*CGCT, art. L. 1531-1 ; L. n° 2010-559, 28 mai 2010 ; JCP A 2010, 2229, note C. Devès*) et des sociétés publiques locales d'aménagement (*C. urb., art. L. 327-1*) (1<sup>er</sup> partie de la circulaire). La seconde partie porte sur la notion de *in house* ou la possibilité de ces sociétés à réaliser des prestations intégrées pour le compte de leurs actionnaires.

### Les moyens d'action des SPL et SPLA

Concernant les moyens d'action de ces sociétés, SPL et SPLA sont soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Elles devront respecter les règles du Code des marchés publics lorsqu'elles agissent dans le cadre d'un mandat.

Elles pourront aussi participer au capital d'une autre société commerciale ; la DGCL met toutefois en garde contre un détournement des dispositions des articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4111-1-6° du Code général des collectivités territoriales (interdiction de participation d'une collectivité territoriale dans le capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif) via l'application de l'article L. 1524-5 du même code qui autorise la prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale. En effet, par renvoi au régime applicable aux SEML, les SPL et les SPLA ont également la possibilité de prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales. Toutefois, ce régime juridique ne leur est applicable que « sous réserve » des dispositions spécifiques prévues aux articles L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales et L. 327-1 du Code de l'urbanisme. La société commerciale dans laquelle serait prise la participation doit nécessairement intervenir sur le territoire des collectivités ou groupements de collectivités actionnaires de la SPL et son intervention doit être limitée à ce territoire. Par ailleurs, la prise de participation doit permettre la réalisation des missions confiées à la SPL ou la SPLA : selon la DGCL, il ne peut s'agir de satisfaire une stratégie de conquête de marchés puisque la SPL ou la SPLA, en tant que quasi-régie, n'a aucune vocation de marché.

### La réalisation de prestations intégrées

La DGCL rappelle dans la seconde partie de la circulaire les deux critères cumulatifs, et impératifs, qui caractérisent la quasi-régie :

- celui du **contrôle analogue** ; mais seul un examen au cas par cas des statuts permettra de déterminer le degré de contrôle de la ou des collectivités sur chaque SPL ;

- celui de l'**opérateur dédié** aux besoins des collectivités actionnaires.

Ne pas réunir les critères de la quasi-régie constituerait, lors des commandes passées, une violation des règles de la commande publique.

## Les SPL, un an après la loi du 28 mai 2010

### Organisation administrative

#### Sommaire

#### Fédération des EPL, juin 2011

Selon l'étude que vient de publier la Fédération des entreprises publiques locales (EPL), 64 EPL ont été créées depuis le 1er juin 2010, dont 33 sociétés d'économie mixte (SEM), 22 sociétés publiques locales (SPL) et 9 sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Sur les cinq dernières années, la Fédération des EPL enregistre en moyenne 25 créations par an, soit un bond de 156 %, traduisant selon elle, avec l'arrivée des SPL, un « large regain d'intérêt des élus et des collectivités locales pour toute la gamme EPL ».

Sur les 22 SPL créées depuis un an, 14 résultent de la transformation d'une structure existante, spécialement d'associations (6), de SEM (4), de régies publiques (2) et de délégataires privés (2). Quatre SPL ont été créées aux côtés d'une SEM existante et 4 autres procèdent d'une création *ex nihilo*. Avec 12 entreprises, les secteurs de l'aménagement et du développement économique représentent 54 % des créations de SPL.

Le nombre total de projets d'EPL recensé par la Fédération des EPL au 1er juin 2011 s'élève à 232 unités. Ce chiffre intègre 29 projets de transformation de SEM en EPL ou en SPLA, 20 projets de SPL et de SPLA qui viendraient aux côtés de SEM existantes.

Deux secteurs d'activité se partagent la moitié des projets de création d'EPL depuis un an à savoir le secteur de l'environnement et des réseaux et celui du tourisme, de la culture et des loisirs. L'aménagement suit de près avec 20 % des projets.

### AJ Collectivités territoriales 2011 p. 19

Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ?  
Entretien avec Catherine Bergeal, Conseiller d'État, Directrice des Affaires juridiques des ministères financiers

Catherine Bergeal, Conseiller d'État, Directrice des Affaires juridiques des ministères financiers

#### L'essentiel

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 créant les sociétés publiques locales donne un outil d'intervention aux collectivités territoriales pouvant satisfaire à la jurisprudence *Teckal* (1). La règle du bon usage, si elle est de mise, n'écarte pas les inquiétudes du secteur associatif. Une circulaire ministérielle est en cours d'élaboration.

**AJCT :** Est-ce que Bercy a des remontées du niveau local sur le développement de la société publique locale (SPL) ? Le lancement de cette nouvelle structure est-il un succès ?

**Catherine Bergeal :** Il est un peu tôt pour en juger. Nous savons que dès la publication de la loi du 28 mai 2010, certaines collectivités territoriales ont décidé de se lancer. La ville de Dreux, par exemple, a déjà créé une société publique locale dans le domaine de l'habitat.

Le ministère de l'Intérieur est sur le point de publier une circulaire d'application, élaborée avec nous, qui permettra certainement d'apporter des réponses aux élus locaux intéressés par ce nouvel outil mais encore hésitants.

Nous suivrons de très près avec le ministère de l'Intérieur les conséquences de l'application de cette loi. Nous en ferons un bilan dans un an.

**AJCT :** Comment la Commission européenne perçoit-elle le développement de la SPL ? Les collectivités locales peuvent-elles être accusées de fausser les règles de la concurrence au regard notamment des règles de l'Union européenne en matière de marchés publics ?

**C. B. :** La Commission européenne sera très attentive à la manière dont les collectivités territoriales vont appliquer la loi.

Le texte de la loi est conforme au droit communautaire. Les collectivités territoriales peuvent utiliser cet outil sans crainte, à la stricte condition d'en respecter le mode d'emploi. J'ai publié ce mode d'emploi sous forme d'une fiche explicative qui devrait les sécuriser dans cette démarche.

Les collectivités doivent veiller à ce que les relations qu'elles entretiennent avec leur SPL restent des relations de quasi-régie, dans les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis son arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999, et jusque dans ses derniers développements.

Cela signifie que d'une part, la collectivité ou les collectivités membres doivent exercer sur la SPL un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que, d'autre part, l'intégralité de l'activité de la SPL doit être consacrée à la collectivité ou aux collectivités membres de la SPL.

Aux termes de la loi, la SPL doit exercer ses activités sur le territoire et pour le compte des collectivités territoriales qui la composent. Elle n'a pas vocation à exercer des activités concurrentielles de marché.

**AJCT :** Si on prend les débats parlementaires, on retient que la SPL, c'est du *in house*. Le problème, c'est que cet outil peut être extrêmement vaste puisqu'il a un champ de compétence général. N'y a-t-il pas un risque que les collectivités territoriales, par un effet d'aubaine, utilisent la SPL pour gérer un service, y compris lorsqu'il n'y a pas carence de l'initiative privée ?

**Par ailleurs, les associations exerçant leur activité dans le secteur social (ex. l'aide à domicile) voient dans la SPL un risque de confiscation de leur activité par les collectivités locales. Ont-elles raison de s'inquiéter ?**

**C. B. :** Le Conseil d'État a de longue date admis que les collectivités territoriales pouvaient justifier d'un intérêt public local leur permettant d'intervenir, même si une carence du secteur privé ne peut être constatée (2).

La SPL n'est qu'un outil supplémentaire à la disposition des collectivités territoriales dans le libre choix du mode de gestion des services dont elles ont la charge. Les personnes publiques peuvent choisir entre la prestation de service en interne (régie) ou la délégation. Si elles souhaitent garder la main sur la gestion de leurs services publics, elles ont l'opportunité de le faire au sein d'une structure dédiée, entièrement publique. En revanche, toute externalisation doit faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Il ne s'agit nullement de « confisquer des activités ». Il s'agit simplement de régler les conditions d'organisation et de coopération des collectivités publiques.

La SPL ne peut avoir aucune vocation de concurrence avec les entreprises du secteur social. L'intérêt public local doit présider à sa création. Son statut de quasi-régie lui interdit d'aspirer à une vocation de marché et la loi précise clairement qu'elle ne peut agir que pour le compte de la collectivité qui l'a créée. Elle ne peut donc concurrencer les entreprises sur un marché ouvert.

La SPL n'occupera pas une place qu'il n'est pas prévu de lui faire occuper. Elle ne mettra pas fin au mouvement d'externalisation de la gestion publique. Ce mouvement s'appuie sur la recherche d'un savoir-faire qui sera toujours présent.

J'observe, par ailleurs, que le mode de financement des SPL devrait limiter leur développement. L'interdiction de faire appel à des capitaux privés contraint, en effet, les SPL à recourir à l'emprunt.

**AJCT :** La SPL peut-elle recevoir des aides publiques ?

**C. B. :** En principe, dès lors qu'une entité exerçant une activité économique perçoit des aides publiques, cela doit se faire en conformité avec le droit européen des aides d'État, et ce, quel que soit le statut juridique de cette entité. Il est vrai que la situation d'une entreprise en relation *in house* avec l'autorité publique, telle que la SPL, soulève des questions particulières, au vu des liens très étroits unissant la personne publique et l'entreprise.

La question de l'application du droit européen des aides d'État dans ce cas précis peut dès lors se poser. Or, la Commission, dans un guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur, penche en faveur d'une application très stricte du droit des aides d'État [ndlr : sur ce guide, qui vient d'être publié, v. *supra* p. 7]. En effet, dans ce guide, et ce, alors qu'aucune de ses décisions et aucun arrêt de la Cour de Justice ne s'est prononcé jusqu'à présent sur cette question, la Commission estime que dès lors que le financement public d'une activité économique exercée par une entité *in house* ne remplit pas toutes les conditions de la jurisprudence communautaire *Altmark*  (3), les règles relatives aux aides d'État s'appliquent. Rappelons que cette jurisprudence permet d'exclure du champ de la réglementation des aides d'État les compensations de service public sous certaines conditions.

**AJCT :** La loi du 28 mai 2010 se caractérise par sa simplicité : aucun texte réglementaire d'application n'est nécessaire. Peut-on considérer qu'elle ne prévoit aucun garde-fou en mettant un tel outil entre les mains des collectivités locales ?

**C. B. :** La loi est remarquable à plusieurs égards. Par sa fabrication, elle est issue d'une proposition de loi votée avec enthousiasme par les parlementaires et accueillie avec circonspection par le Gouvernement. Remarquable également par sa simplicité, elle est très brève. Elle ne contient que quatre articles et ne prévoit aucun texte réglementaire d'application.

Elle est pourtant déjà opérationnelle, la SPL créée à Dreux en est la preuve.

Le renvoi aux dispositions du code de commerce applicables aux sociétés anonymes, sauf dérogation au nombre minimum d'actionnaires, et celles du code général des collectivités territoriales applicables aux sociétés d'économie mixte locales pose un cadre d'intervention déjà connu des élus locaux, qui rapproche le fonctionnement de la SPL de celui de la SEM.

Contrairement aux SEM, la SPL permet aux collectivités de bénéficier de l'exception de quasi-régie aux règles de la commande publique. La qualité de quasi-régie dépend de la constitution de son actionnariat, de l'exclusivité de son activité pour le compte des collectivités actionnaires, mais aussi de la gouvernance quotidienne de la société. La circulaire d'application du ministère de l'Intérieur insistera sur cette question. Elle devrait permettre aux futurs utilisateurs de ne pas franchir les limites de la quasi-régie.

**AJCT :** En créant une SPL, une collectivité ne devrait-elle pas démontrer que le coût de revient sera inférieur au coût pratiqué par le secteur associatif ?

**C. B. :** Même si aucune obligation n'impose à la collectivité territoriale de réaliser une étude financière préalable à la création d'une SPL, il n'en demeure pas moins que le service public délégué à une SPL devra être approuvé par une délibération de la collectivité. Cette obligation introduite par la loi du 28 mai 2010 impose la soumission à l'assemblée délibérante d'un rapport de présentation des prestations confiées à la SPL. L'examen de ce rapport et l'approbation de l'Assemblée sont ainsi l'occasion de comparer les avantages ou inconvénients de cette formule par rapport aux autres. J'imagine difficilement qu'un conseil municipal responsable ne s'entoure pas de toutes les études nécessaires avant de choisir tel

ou tel mode de gestion de son service public !

**AJCT :** Peut-on craindre que la SPL devienne l'association transparente d'il y a dix ans ?

**C. B. :** Les situations ne sont en rien comparables.

L'association est jugée comme transparente lorsqu'elle agit de façon indue et détournée pour le compte de la personne publique. Elle expose les dirigeants au risque de la gestion de fait et la personne publique à l'obligation de payer les dépenses engagées par l'association. Elle entraîne également la requalification du contrat passé entre elle et la personne publique en marché de services.

Le régime de la SPL a été conçu de façon à ce que le recours à la SPL soit conforme au droit de la commande publique et à la jurisprudence communautaire en matière de quasi-régie.

**AJCT :** La DAJ a-t-elle un conseil pratique à l'égard des collectivités qui ont recours à la SPL ?

**C. B. :** Premièrement, utilisez ce nouvel outil ; deuxièmement, respectez à la lettre le mode d'emploi des SPL.

#### **Mots clés :**

**ACTION ECONOMIQUE LOCALE** \* Société publique locale \* Association

(1) CJCE 18 nov. 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Vano*, aff. C-107/08, Rec. CJCE I-8121 ; D. 1999. 276 . « La CJCE permet aux administrations d'attribuer des contrats sans publicité et mise en concurrence, sous deux conditions : d'une part, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et d'autre part, le cocontractant doit réaliser l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le contrôlent ».

(2) CE 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, req. n° 306911 .

(3) CJCE 24 juill. 2003, *Altmark*, aff. C-280/00.

## Sociétés publiques locales et sociétés publiques locales d'aménagement : entre clarifications et imprécisions réglementaires

Commentaire par Yann Wels  
doctorant en droit public, CREAM, université Montpellier I

### Sommaire

Près d'un an après leur création, par la loi du 28 mai 2010 (L. n° 2010-559, 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales : *Journal Officiel* 29 Mai 2010 à 9698), les sociétés publiques locales se voient offrir une circulaire censée préciser leur nature, ainsi que les règles qu'elles se doivent d'observer en matière de commande publique. De prime abord dense et longue d'une vingtaine de pages, la circulaire développe une série de considérations relatives au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), éludant au passage avec soin le traitement de considérations financières, avant de préciser opportunément quelques règles du « *in house* », témoignage s'il en était encore besoin, qu'en matière de droit public, la réglementation relative aux flux financiers dans les relations croisées de gestion de service public passe après les nécessaires éclaircissements et rappels des contraintes importantes pesant lors de l'établissement réglementaire de dérogations aux règles de publicité et de concurrence en matière d'achat public.

Circ. min. Int. n° COT/B/11/08052/C, 29 avr. 2011, portant régime juridique des sociétés publiques locales et des sociétés publiques locales d'aménagement : JCP A 2011, act. 351

### Note :

Hasard du calendrier, près d'un an après leur naissance législative, les sociétés publiques locales et leurs acolytes sociétés publiques locales d'aménagement (*créées par la L. n° 2006-872, 13 juil. 2006, portant engagement national pour le logement : Journal Officiel* 16 Juillet 2006 à 10696 et dont le régime juridique a été aménagé à deux reprises : L. n° 2009-323, 25 mars 2009, de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion : *Journal Officiel* 27 Mars 2009 à 5445 ; et plus récemment par L. n° 2010-559, 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales : *Journal Officiel* 29 Mai 2010 à 9698) se voient offrir, par la direction générale des collectivités locales du ministère de l'Intérieur, une circulaire, portant régime juridique et précisions sur les dispositions qui leur sont applicables.

« Attendue ! » (A. Vigoureux, responsable du département Veille et assistance juridique, Fédération des entreprises publiques locale, entretien réalisé le 19 mai 2011), cette circulaire vient utilement éclairer : « certains des points en débat depuis l'adoption de la loi du 28 mai 2010 » (*ibid.*) relative au développement des sociétés publiques locales.

Si la circulaire renseigne avec une certaine pédagogie des champs comme : l'objet social, le capital, son montant, elle met également l'accent sur les moyens d'actions et précise les règles de la réalisation de prestations intégrées - *in house* - (*Régime juridique des SPL et SPLA : parution de la circulaire d'application à la lumière de la réforme des compétences des collectivités : JCPA 2011, act. 351*).

Cependant, hormis ces clarifications utiles, souhaitées et sans doute un peu commandées (1), reste palpable un sentiment de manque, d'incomplétude et d'imprécision relativement à certains autres aspects parmi lesquelles les questions financières (2), témoignant au passage des évolutions à venir et sans doute balisant d'ores et déjà les champs potentiels d'intervention du juge administratif.

### 1. Clarifications et éclaircissements réglementaires utiles

Assez dense, la circulaire précise une série d'éléments divers.

Si la question du capital social des SPL et des SPLA sur la branche composition de l'actionnariat n'appelle *a priori* que peu de commentaire, si ce n'est la confirmation de la dérogation relative au nombre des actionnaires qui doit au minimum être de deux (sept actionnaires pour les SA selon l'article L. 225-1 du Code de commerce), on regrettera l'occasion manquée de détailler par le menu la nature juridique des collectivités susceptibles de participer au capital.

La question du montant du capital se révèle d'une compréhension quant à elle plus subtile. Ainsi si en qualité de sociétés anonymes, les SPL et les SPLA répondent aux règles de droit commun définies par le Code du commerce permettant que leur capital social soit comme pour les sociétés d'économie mixte (CGCT, art. L. 1522-3), égal à 37 000 EUR au moins (225 000 EUR et 150 000 EUR pour les sociétés ayant dans leur objet l'aménagement), on précisera opportunément le caractère plancher de ladite somme. En effet, comme le confie A. Vigoureux : « Cette capitalisation initiale, facilement constituable et devant permettre un phénomène d'attraction, ne doit pas leurrer » (dans un sens comparable : « (...) on est quand même en droit de s'interroger sur le point de savoir si la trop grande facilité de création des SPL ne va pas, à un moment donné, se retourner contre ses fondateurs, notamment lorsqu'il sera nécessaire éventuellement de recapitaliser la société. Autrement dit, les SPL ne risquent-elles pas, notamment en l'absence d'autres actionnaires publics, de souffrir de l'insuffisance de leurs fonds propres comme ce fut le cas pour beaucoup de sociétés d'économie mixte dans les années 1980 », extrait, C. Devès, *La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : évolution ou régression des règles de la commande publique !* : JCP A 2010, 2229). Il appartient donc aux collectivités de prendre en compte les besoins de fonds et de trésoreries, sans compter les événements pouvant naître au cours de la vie de l'entreprise. Plus prosaïquement, compte tenu que l'outil SPL vise à permettre aux collectivités locales de créer des structures sociétales de droit privé au capital exclusivement public pour leur confier, directement et sans mise en concurrence, un certain nombre de missions de service public relevant de leurs compétences tel que l'aménagement, la construction, la gestion de services publics à caractère industriel ou commercial, ainsi que toutes autres activités d'intérêt général, on considérera dès lors le montant du capital initial comme un témoin de cette vocation et devant donc refléter une forme de cohérence.

Concernant les conditions d'intervention dans le cadre du « *in house* », la circulaire est proche du *vade mecum*. En effet, la grande crainte aurait pu concerner l'exposé de la construction jurisprudentielle de la notion de « contrôle analogue » (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH* : Rec. CJCE 2005, I, p. 8585 ; JCP A 2005, 1364. - CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asemfo* : Rec. CJCE 2007, I, p. 2999. - CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA* : Rec. CJCE 2008, I, p. 8457) permettant au côté du critère jurisprudentiel « d'opérateur dédié » de justifier que puisse être dérogé à l'exigence de « mise en oeuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue un simple prolongement administratif de celui-ci » (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal SRL c/ Commune di Viano* : Rec. CJCE 1999, I, p. 8121 ; BJCP 2000, concl. G. Cosmas). Cette problématique est soigneusement évitée par un exposé clair et précis des deux critères. La circulaire se conclut sur les risques inhérents à l'absence de ces critères de la « quasi régie » et rappelle le risque de constitution de délit de favoritisme.

Cet exposé formulé, et malgré un travail plutôt didactique et pédagogique, demeure quelques zones d'ombre qu'il convient d'évoquer.

## 2. Imprécisions et carences entretenues

Trois séries de considérations donnent, selon nous, prises à la constatation d'imprécisions et de carences.

La première de ces considérations touche à la prise de participation dite encore filialisation. On peut s'étonner en effet qu'après trois pages de développements importants sur le caractère très contraignant d'une filialisation, la circulaire se borne à préciser : « il ne peut qu'être déconseillé aux collectivités d'engager la SPL ou la SPLA à laquelle elles appartiennent dans la prise de participation d'une autre société commerciale ». Comme nous le confie A. Vigoureux : « il y a là un paradoxe sémantique », impression que l'on ne peut que partager. D'une part, la filialisation n'est jamais qu'une forme de démantèlement ou de translation d'activités, ce qui dans le cas d'une SPL apparaît, *a minima*, peu opportun. Du reste, en terme de conséquences juridiques, la tolérance de la prise de participation emporte à la fois la fragilisation de la notion de « contrôle analogue » mais surtout emporte également application de la réglementation de droit commun sur les responsables locaux qui pourraient occuper des postes à la fois dans la SPL et dans sa filiale (soit les risques de : prise illégale d'intérêt - C. pén., art. 432-12 et 432-13 -, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public - plus communément appelé « délit de favoritisme », C. pén., art. 432-14 -, risque d'inéligibilité à titre de peine complémentaire - en vertu de C. pén., art. 432-17. - J.-M. Brigant, *La chasse aux peines accessoires est ouverte !* : JCP A 2010, 2231). Enfin, comme le suggère A. Vigoureux : « quel serait l'intérêt de la constitution d'un opérateur, filiale d'une SPL, qui ne pourrait se prévaloir du bénéfice du *in house* ? ». La circulaire apparaît, sur ces questions, imprécise.

Une seconde carence réside dans la question de l'ingénierie publique. On sait qu'à compter du 1er janvier 2012, les services de l'État ne pourront plus faire d'ingénierie publique dans le secteur concurrentiel au profit des collectivités territoriales. On sait également, que ces prestations en direction des petites communes, mais également de communes de taille moyenne devront néanmoins être prises en compte, hypothèse qui pouvait justement être l'occasion du maintien d'une

forme d'ingénierie territoriale sous la forme d'une société publique locale. Or, la circulaire précise : « les SPL n'ont pas vocation, en outre, à exercer des fonctions supports, comme la gestion des ressources humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique, pour le compte des collectivités qui les contrôlent ». La confrontation entre la réalité et les besoins du terrain et cette prescription, devront être réglées.

Dernière imprécision, la question des flux financiers qui se subdivise en deux champs : la question des aides d'État et celle du maniement de fonds publics. Sur la première interrogation, la circulaire est clairement silencieuse, alors qu'elle ouvre la question en évoquant les services administratifs « déléguables » (CE, avis, 7 oct. 1986, Section de l'Intérieur). Quid, en effet, des concours financiers pour des services dont on sait qu'ils sont *a priori* déficitaires (G. Terrien, *Le développement des sociétés publiques locales : Dr. adm. 2010, étude 18*) ? Enfin, comment articuler le fonctionnement des SPL, et plus spécifiquement d'une SPL en matière d'eau, avec les questions pratiques soulevées par l'avis du 13 février 2007 rendu par le Conseil d'État, devenu l'annexe de l'instruction n° 08-016-M0 intitulé : *Conventions de mandat passées par les collectivités et établissements publics locaux et maniement des fonds publics par les personnes privées* (G. Bousquet, Y. Wels, *Maniement de fonds publics, délégataires de services d'eau et gestion de fait. Entre pratiques publiques et infractions pénales : JCP A 2010, 2139*) ?

Des apports donc bien venus de la part du ministère, des précisions utiles, mais également des flous, des carences qu'une simple circulaire, ne saurait sans doute à elle seule, résoudre.

## Le développement des sociétés publiques locales

Etude par Gérard TERRIEN  
Conseiller maître à la Cour des comptes

### Sommaire

La loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement avait permis la création, à titre expérimental, de sociétés publiques locales d'aménagement. La loi du 28 mai 2010 pérennise et étend cette formule. Elle permet de constituer des sociétés au capital entièrement public, qui pourront être chargées d'opérations d'aménagement ou de construction, de l'exploitation de services publics industriels ou commerciaux, ou de toute autre activité d'intérêt général.

1. - La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales<sup>Note 1</sup> marque-t-elle la résurrection ou le chant du cygne de l'économie mixte ? La question peut sembler provocante alors que, cette loi, adoptée à la quasi-unanimité par les parlementaires des deux chambres, crée un nouvel instrument de gestion pour les collectivités et établissements publics territoriaux.

Ces nouvelles sociétés<sup>Note 2</sup>, prévues, comme les sociétés d'économie mixte, par le Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1531-1), peuvent se voir confier, de la même façon que les sociétés d'économie mixte, des missions incluant des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou d'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial ou toute autre activité d'intérêt général relevant des compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements sans avoir à être mises en concurrence.

Présentées comme devant « offrir aux collectivités locales des avantages qu'elles ne peuvent trouver dans d'autres formes juridiques tel l'établissement public local, particulièrement dans les domaines de la transparence, de la maîtrise, de la sécurité et de l'efficacité »<sup>Note 3</sup>, ces sociétés semblent en effet être le « chaînon manquant » de l'interventionnisme public local, à côté des sociétés d'économie mixte, des régies simples, des régies personnalisées et autres établissements publics industriels et commerciaux, des sociétés coopératives d'intérêt collectif, des associations de la loi de 1901... Elles élargissent « la palette des entreprises à disposition des élus » et « confortent la libre administration des collectivités locales tout en leur permettant de contrôler leurs dépenses et la qualité du service rendu aux usagers »<sup>Note 4</sup>.

Cette loi tire également les conséquences de la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement<sup>Note 5</sup>, codifié à l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme, qui avait autorisé la création de sociétés publiques locales d'aménagement<sup>Note 6</sup> (SPLA), à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, mais ne semblait pas avoir convaincu<sup>Note 7</sup> les acteurs locaux.

Il est néanmoins difficile de prévoir aujourd'hui quel sera l'effet réel de ce texte, d'application immédiate<sup>Note 8</sup>, promulgué au *Journal officiel* du 29 mai 2010, soit quelques jours après la « semaine nationale des entreprises publiques locales », sur le devenir de l'économie mixte locale<sup>Note 9</sup>.

En 2006, la réflexion prospective engagée par la Fédération des sociétés d'économie mixte, devenue depuis Fédération des entreprises publiques locales, sur l'avenir de ces sociétés à l'horizon 2015 avait dégagé trois scénarios d'évolution<sup>Note 10</sup>. Si le plus pessimiste laissait présager leur disparition progressive en raison des contraintes attachées à leur statut et si le plus optimiste tablait sur leur renouveau, après que leur statut d'entreprise publique locale aurait été conforté au plan juridique, le troisième, alors considéré comme le plus réaliste, prévoyait leur lent grignotage et leur lente réduction.

Si les oppositions<sup>Note 11</sup> que la loi suscite ne se placent pas sur ce terrain et si elles ont jusqu'à présent trouvé peu d'échos, la possibilité que ce texte offre aux collectivités locales et à leurs groupements de créer des sociétés publiques locales,

sociétés commerciales au capital totalement public sur le modèle de ce qui existe dans de nombreux États membres de l'Union européenne<sup>Note 12</sup>, devrait avoir pour effet de changer profondément la conception de l'entreprise publique locale<sup>Note 13</sup>.

La motivation principale de la proposition de loi visant à la création de ces sociétés n'était pas de cet ordre. Il s'agissait de permettre aux collectivités décentralisées, pour l'exercice de leurs compétences, de leur confier la réalisation d'opérations qualifiées de « prestations intégrées », sans être soumises à des procédures de mise en concurrence.

Il s'agissait en effet de sécuriser les relations entre les collectivités et leurs sociétés d'économie mixte qui s'étaient vues soumises au droit communautaire en matière d'obligations concurrentielles, depuis plus d'une dizaine d'années.

Mais en réalité la transformation opérée est bien plus importante, puisqu'elle introduit un schéma d'entreprise industrielle et commerciale, à capitaux et à risques totalement publics, dans la gestion locale.

Par ailleurs, cette loi, si elle améliore le régime juridique et étend l'objet des sociétés publiques locales d'aménagement<sup>Note 14</sup> afin de remédier à certaines imperfections, instaure une concurrence supplémentaire en matière d'aménagement, au-delà de celle instituée avec les sociétés d'économie mixte, entre les sociétés publiques locales « générales » et les sociétés publiques locales d'aménagement. Pour ces dernières qui relèvent du Code de l'urbanisme et non du Code général des collectivités territoriales, la loi élargit, tout d'abord, leur champ d'activité à « la réalisation d'études foncières, aux opérations de construction de réhabilitation immobilière, d'aménagement d'acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce et artisanaux ». Elle renforce ensuite leurs pouvoirs pour les doter de prérogatives de puissance publique (droits de préemption et de priorité) et leur permettre de recourir à l'expropriation.

D'instruments créés pour dépasser les contraintes du droit communautaire (1), les sociétés publiques locales apparaissent en réalité comme un outil de gestion, profondément nouveau, pour les collectivités territoriales (2).

## 1. Un instrument créé pour prendre en compte les contraintes du droit communautaire de la commande publique et de la concurrence

2. - Pour rétablir la liberté des relations contractuelles entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités territoriales actionnaires, la loi du 28 mai 2010 crée un instrument spécifique.

### A. - L'absence de sécurité des relations entre collectivités territoriales et sociétés d'économie mixte

3. - Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, les sociétés d'économie mixte sont soumises, dans les relations qu'elles nouent avec les collectivités locales actionnaires, au droit de l'Union européenne en matière d'obligations concurrentielles et donc, au regard des règles nationales, au droit commun de la commande publique et des délégations de service public.

4. - En outre, elles ne peuvent pas bénéficier de la dérogation des contrats de quasi-régie<sup>Note 15</sup>.

En effet, dans l'hypothèse où le cocontractant de la collectivité territoriale n'est qu'un simple prolongement de celle-ci, les contrats passés entre les deux entités fonctionnellement identiques ne sont pas assujettis aux règles de mise en concurrence.

La consécration de cette notion du *in house* résulte d'un important arrêt<sup>Note 16</sup> de la Cour de justice des communautés européennes du 18 novembre 1999. Dans cet arrêt, la Cour, saisie d'un renvoi préjudiciel par une juridiction administrative italienne, a admis la possibilité qu'un contrat public portant sur un marché de fournitures, conclu entre une collectivité locale et une structure publique locale instituée par cette première, échappe aux règles des marchés publics alors définies par la directive 93/36/CEE. La collectivité locale, pour l'attribution du contrat, n'avait donc d'obligations particulières de mise en concurrence. En l'espèce, elle n'avait pas l'obligation de procéder à un appel d'offre.

Dans sa jurisprudence, la Cour a dégagé deux critères permettant de caractériser cette relation de prestation intégrée :

- la collectivité doit exercer sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
- l'entité concernée doit réaliser l'essentiel de son activité pour la ou les personnes publiques qui la détiennent.

Ainsi, le juge communautaire reconnaît que les collectivités locales peuvent attribuer directement des missions à des organismes dont l'activité leur est essentiellement dédiée. Mais cette jurisprudence ne trouve pas à s'appliquer dans les

relations entre les collectivités locales et leurs sociétés d'économie mixte.

5. - Dans un arrêt<sup>Note 17</sup> de 2005, les juges communautaires ont précisé, s'agissant du critère du contrôle analogue, qu'il impose que l'entreprise délégataire soit entièrement détenue par une ou des autorités publiques.

Il en résulte donc que le capital de l'organisme concerné ne doit pas être détenu par une personne privée et que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également une collectivité locale exclut que cette dernière puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services<sup>Note 18</sup>.

Par conséquent les sociétés d'économie mixte, dont le capital social doit être obligatoirement détenu par une personne privée à hauteur minimale de 15 %, se trouvent exclus du champ de cette dérogation. Les contrats conclus entre une collectivité territoriale et la société d'économie mixte, dont elle est actionnaire, doivent donc obligatoirement faire l'objet d'une mise en concurrence en vertu des règles des marchés publics ou du droit des délégations de service public.

6. - Pour le juge communautaire, la détention par le pouvoir adjudicateur, ensemble avec d'autres pouvoirs publics, de la totalité du capital d'une société est un indice probant<sup>Note 19</sup>, sans être décisif, qu'il exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

7. - Par ailleurs, l'existence effective d'une participation privée dans le capital de la société doit être vérifiée au moment de l'attribution du contrat en cause. Il en résulte que la circonstance que la législation nationale applicable prévoit l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux doit ainsi être prise en compte<sup>Note 20</sup>, au moment de l'attribution du contrat à la société dont la personne publique détient l'ensemble du capital.

Toutefois, le juge communautaire a récemment admis<sup>Note 21</sup> la dérogation du *in house*, pour une société entièrement publique, mais dont les statuts prévoyaient la possibilité de faire entrer des intérêts privés au capital. La Cour a relevé qu'il ne pouvait pas être exclu que des parts de cette société soient vendues à tout moment à des tiers. Mais elle a considéré, qu'« admettre que cette simple possibilité puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public ne serait pas conforme au principe de sécurité juridique ». Elle estime donc que la question de l'ouverture du capital de la société à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, au moment de l'attribution du contrat, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture. Enfin des jurisprudences européennes<sup>Note 22</sup> et nationales ont admis, en application du principe de libre administration, que les autorités publiques disposent de la liberté de créer une entité en situation de quasi régie, sous la forme, par exemple, d'une société coopérative intercommunale<sup>Note 23</sup>, d'un groupement d'intérêt public commun à plusieurs établissements de santé<sup>Note 24</sup>, d'une association<sup>Note 25</sup> ou d'un établissement public de coopération intercommunale<sup>Note 26</sup>.

En ce qui concerne le deuxième critère, à savoir celui de l'activité, le cocontractant de la personne publique doit être dans une situation de dépendance économique vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, ce qui signifie qu'il doit lui consacrer le principal de son activité. Mais la Cour de justice des communautés européennes<sup>Note 27</sup> a admis que cette condition peut être satisfaite en prenant en compte l'activité que l'entité réalise avec l'ensemble des collectivités qui la contrôlent.

8. - Le contexte communautaire ayant donc progressivement évolué et s'étant précisé, la volonté d'offrir aux collectivités territoriales les moyens juridiques de constituer des structures publiques locales répondant aux critères établis par les juges communautaires en matière de prestations intégrées s'est concrétisée à deux reprises depuis 2006.

D'abord créée de façon expérimentale dans le seul domaine de l'aménagement par la loi précitée du 13 juillet 2006 portant engagement pour le logement, la société publique a été étendue aux « opérations de construction », « à l'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial » et à « toutes autres opérations d'intérêt général », soit à des sociétés ayant le même objet que les sociétés d'économie mixte.

## **B. - La conformité au cadre juridique des prestations intégrées**

9. - Dès 2006, la création d'une structure répondant aux critères définis par la Cour de justice de l'Union européenne a été recherchée et la loi du 13 juillet 2006, portant engagement national pour le logement, a créé, à titre expérimental pour cinq ans, les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), dont le capital est détenu à 100 % par des collectivités et leurs groupements.

10. - En raison du caractère entièrement public de ces sociétés, caractérisées par l'absence d'actionnaire privé, les relations qu'elles nouent avec leurs collectivités actionnaires relèvent des prestations *in house*. Si ces sociétés totalement publiques, entièrement dédiées à leurs collectivités et relatives à l'aménagement, n'ont pas connu un réel succès<sup>Note 28</sup>, c'est sans doute en raison de leur objet social limité à l'aménagement<sup>Note 29</sup>. Elles n'ont en effet suscité qu'un intérêt mineur auprès des collectivités territoriales, désireuses d'avoir un champ d'activité beaucoup plus large, celles-ci mesurant

également sans doute les risques<sup>Note 30</sup> importants liés aux opérations d'aménagement.

11. - Ce contexte explique la création de la société publique locale par la loi du 28 mai 2010.

Afin de respecter la contrainte juridique des « *prestations intégrées* », la loi détermine un cadre juridique précis.

Le capital de la société doit appartenir exclusivement aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, au nombre de deux minimum, par dérogation à la législation du Code de commerce qui impose l'association d'au moins sept actionnaires pour la constitution d'une société anonyme.

Comme la Cour de justice des communautés européennes<sup>Note 31</sup> admet que le contrôle exercé, au travers des organes statutaires par les collectivités territoriales actionnaires sur la société cocontractante peut être considéré comme permettant à ces collectivités d'exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, la loi a mis en oeuvre un tel dispositif.

La loi retient une définition organique des actionnaires et il en résulte que sont exclus les établissements publics autres que les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, comme les chambres de commerce et d'industrie, les établissements hospitaliers, les offices publics de l'habitat...

En outre, le champ de compétence territorial de la société est strictement limité, puisqu'elle ne peut légalement intervenir en dehors du territoire de ses actionnaires.

Une telle restriction dépasse les contraintes du droit communautaire puisque la Cour de justice de l'Union européenne a admis que les prestataires des pouvoirs adjudicateurs peuvent fournir des prestations intégrées, s'ils réalisent l'essentiel de leurs activités avec la ou les collectivités qui les détiennent et qu'une règle d'exclusivité n'était donc pas imposée. En outre, ces actionnaires publics devront exercer sur la société « *un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services* »<sup>Note 32</sup>. Mais comme toute exception, la non-soumission à la concurrence est d'interprétation stricte et doit faire l'objet d'une attention spécifique.

12. - Au-delà de cette volonté d'offrir aux collectivités territoriales et à leurs groupements, la liberté complète de contracter avec une société locale qu'elles contrôlent totalement, la loi crée un nouvel instrument d'intervention.

## 2. Un nouvel outil de gestion des services publics locaux et de coopération intercommunale

13. - Si elles répondent à des logiques d'entreprises industrielles et commerciales totalement publiques, ces sociétés, comme tout acteur économique, sont porteuses de risques pour les collectivités actionnaires et donneurs d'ordre.

### A. - La logique de la société publique

14. - La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, en introduisant un nouveau titre dans le Code général des collectivités territoriales affirme cette logique puisque « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital* ».

15. - Elles relèvent donc d'un triple régime, celui, très limité et spécifique des sociétés publiques locales, celui, plus général de l'ensemble des dispositions qui s'appliquent aux sociétés d'économie mixte, celui enfin du Code de commerce. En effet ces sociétés sont également des sociétés anonymes régies par le livre II du Code de commerce, soumises à la comptabilité commerciale et à la certification de leurs comptes et leur personnel est logiquement de droit privé.

16. - Il en résulte que la société doit être constituée par des collectivités territoriales et leurs groupements et exclusivement par ces personnes publiques.

Au même titre que celui de la société d'économie mixte, l'objet social de la société doit entrer dans le cadre des compétences de ces actionnaires et, en cohérence avec la liste possible de ceux-ci, il ne peut dépasser ces compétences. Cette détermination renvoie à la compétence générale d'intervention des collectivités territoriales qui est limitée par le respect de celles dévolues par les textes à d'autres personnes publiques et par la jurisprudence dégagée autour du principe de liberté du commerce et de l'industrie<sup>Note 33</sup> qui réserve normalement à l'initiative privée les activités industrielles et commerciales.

Contrainte complémentaire mais logique, en cas de gestion déléguée à la société, les statuts de la société - et cela devrait évidemment être mentionné dans l'objet social - doivent expressément mentionner l'activité déléguée.

On peut relever que la jurisprudence relative à la création de sociétés d'économie mixte locales veille à s'assurer que l'objet de la société ne porte pas illégalement atteinte aux activités privées<sup>Note 34</sup>.

Enfin, innovation majeure, le capital de la société (qui est de 37 000 euros minimum pour toutes les sociétés à l'exception de celles ayant dans leur objet social la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels destinés à la vente ou à la location pour lesquelles il doit être de 225 000 euros minimum et pour les sociétés ayant dans leur objet l'aménagement pour lesquelles le minimum est de 150 000 euros) doit être totalement détenu par des autorités publiques.

17. - Si la loi fixe un minimum de deux actionnaires, par dérogation aux règles du Code de commerce, ce qui apporte de la souplesse, elle ne détermine pas un nombre maximum. Il est toutefois certain que le nombre d'actionnaires doit rester raisonnable de façon à ce que le contrôle analogue soit exercé dans les meilleures conditions et pour garantir la viabilité de la société et l'effectivité de l'*affectio societatis*, c'est-à-dire de la volonté des actionnaires de réaliser un projet en commun et de gérer ensemble la société.

Par ailleurs, aucune règle de répartition du capital n'est fixée, ce qui signifie qu'il n'y a pas de seuil maximum ou minimum de participation des collectivités ou de leur groupement au capital de la société. Il en résulte également que tous les actionnaires ont droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par leurs assemblées délibérantes concernées.

Au regard de la part du capital détenu par chaque collectivité territoriale et/ou groupement actionnaire, les statuts doivent préciser le nombre de sièges dont ils disposeront au conseil d'administration ou conseil de surveillance.

18. - S'agissant des domaines d'activités de la société, et contrairement à ce qui prévaut avec la société publique d'aménagement, son champ d'intervention est très large, puisqu'elle peut réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ; elle peut également exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou assurer toute autre activité d'intérêt général.

Si elle est constituée pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, elle doit veiller au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence.

19. - S'agissant de l'activité d'intérêt général, il faut là encore faire référence aux sociétés d'économie mixte. En effet l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales autorise la société d'économie mixte locale à avoir une simple activité d'intérêt général non constitutive de service public. La société peut réaliser, à ce titre, des opérations économiques dans des conditions similaires à celles d'une entreprise privée, pourvu, d'une part que la reconnaissance de l'existence d'un service public ne soit pas possible<sup>Note 35</sup>, et d'autre part que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie soit respecté<sup>Note 36</sup>.

20. - La question se pose évidemment de la complémentarité des activités dans l'objet social et dans le fonctionnement des sociétés publiques locales.

La complémentarité<sup>Note 37</sup> doit s'apprécier au plan juridique en veillant à écarter une conception purement financière de ce principe. Elle doit aussi s'apprécier en termes d'efficacité de gestion et de professionnalisme.

C'est d'autant plus important que la société doit exercer ses activités exclusivement pour le compte de ses actionnaires et sur le territoire de ces derniers. La société publique locale ne peut donc pas effectuer des prestations de quelque nature pour des collectivités territoriales non-actionnaires et bien évidemment pour aucun autre tiers.

21. - La contrainte de l'exercice de ses missions sur le territoire exclusif des collectivités locales actionnaires exclut évidemment toute intervention hors de ce cadre géographique et elle doit pousser à la recherche d'une continuité d'intérêt et de contiguïté territoriale des actionnaires.

22. - Cette structure fermée ne peut évidemment pas non plus créer de filiales, ni prendre de participation dans d'autres sociétés et elle ne peut non plus avoir une activité pour compte propre, sauf si cette activité est totalement liée à la mise en œuvre de ses statuts.

23. - Dans cette société qui peut être gérée soit sous la forme moniste du directeur général et du conseil d'administration et président, soit selon la forme dualiste du directoire et du conseil de surveillance, les élus de la collectivité peuvent exercer les principales fonctions de membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou de président-directeur général. Mais ils ne peuvent évidemment pas assurer les fonctions de directeur général, de directeur général délégué, de membre du directoire, ni non plus être salarié de la société en exerçant un rôle prépondérant.

Au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société, ils sont mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements et ils bénéficient des mêmes protections que celles dont ils bénéficient dans les sociétés d'économie mixte.

L'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales dispose que les élus locaux, représentant une collectivité territoriale au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale et exerçant les fonctions de membre du conseil d'administration, ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11 dudit code, lorsque la collectivité délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale.

En outre, ils ne sont pas considérés comme entrepreneurs des services municipaux, départementaux ou régionaux et n'encourent donc pas de risque d'inéligibilité. Il convient toutefois puisque la loi retient que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et leurs groupements se prononcent sur toute délégation de service public à une société publique locale que les élus mandataires s'abstiennent de participer à ce vote.

24. - S'agissant de leur responsabilité civile, elle incombe à la collectivité territoriale dont ils sont les mandataires.

25. - Enfin, spécificité de la société publique locale, la loi oblige à un strict contrôle des collectivités actionnaires sur la société. Cela signifie qu'elles doivent avoir une influence déterminante aussi bien sur les objectifs stratégiques que sur ses principales décisions.

Il importe en outre que soient précisées les modalités du contrôle conjoint des collectivités actionnaires de façon à ce qu'il conserve son caractère analogue.

La Fédération des entreprises publiques locales suggère ainsi que les statuts de la société prévoient explicitement le système de contrôle et de compte rendu de la société aux actionnaires. Elle évoque également que les modalités de ce contrôle soient explicitées dans le règlement intérieur ou par le biais de comités exécutifs à instituer. Il semble utile également de prévoir l'intégration, dans chaque contrat faisant l'objet d'une attribution directe à la société publique locale, d'une clause rappelant les conditions et modalités de ce contrôle et cela d'autant plus que la collectivité actionnaire cocontractante détiendrait une participation relativement faible par rapport aux autres actionnaires.

26. - On le voit bien, de telles spécificités conduisent à une concentration des responsabilités et des risques encourus sur les collectivités actionnaires et donneurs d'ordre.

## **B. - Les risques liés à la société publique locale**

27. - En reprenant la grille d'analyse<sup>Note 38</sup> de ces risques développée par le Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables, il est aisé de relever, qu'à la différence des sociétés d'économie mixte, ces risques devraient désormais être assez peu liés aux relations contractuelles entre les collectivités actionnaires et les sociétés publiques locales, sous la réserve déjà mentionnée de pouvoir démontrer le contrôle analogue de la société par les collectivités actionnaires en soulignant de quelle manière déterminante elles influencent les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la société, de quelle façon elles assurent la désignation des organes de gestion et orientent et contrôlent son action<sup>Note 39</sup>.

28. - Si ces relations ne seront pas facteurs de risques en termes contractuels, *a contrario* et en cas de difficultés financières de la société publique locale, aboutissant à une liquidation judiciaire, cette notion de contrôle analogue devrait être de nature à renforcer la responsabilité<sup>Note 40</sup> des dirigeants de droit

29. - En outre, les collectivités territoriales actionnaires et donneurs d'ordre devront s'assurer que lors de la création et dans la mise en oeuvre des activités confiées à la société publique locale, aucune mesure, comme par exemple l'octroi d'avantages particuliers, ne porte atteinte aux règles du droit de la concurrence afin de ne pas encourir le risque d'entente ou d'abus de position dominante<sup>Note 41</sup>.

30. - Les risques sont plus effectifs encore s'agissant des contrats que la société publique locale conclut.

En effet, la société, soit en qualité de pouvoir adjudicateur, soit d'entité adjudicatrice est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ses marchés<sup>Note 42</sup>. Elle doit donc respecter l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics<sup>Note 43</sup> et de son décret d'application du 30 décembre 2005<sup>Note 44</sup>.

À ce titre et outre les risques de contentieux et ceux liés à ces contrats, le risque principal est de nature pénale : il s'agit du risque de délit d'octroi d'avantage injustifié<sup>Note 45</sup>.

Les autres risques sont évidemment liés aux relations financières entre la société publique locale et les collectivités

actionnaires.

31. - Il semble logique de considérer que ces collectivités peuvent accorder des concours financiers aux sociétés publiques en application de textes législatifs de droit commun. Ainsi, rien ne devrait s'opposer à ce que ces sociétés puissent bénéficier d'aides dans le cadre du régime juridique des interventions économiques défini aux articles L. 1511-1 à L. 1511-7 du Code général des collectivités territoriales.

32. - Se pose ensuite la question des garanties d'emprunt. En effet, lorsqu'elles garantissent un emprunt contracté par une société d'économie mixte locale, logiquement considérée comme une société commerciale, les collectivités locales doivent respecter trois ratios prudentiels codifiés aux articles L. 2252-1, L. 2252-2 et L. 2252-4 du Code général des collectivités territoriales pour les communes, L. 3231-4 pour les départements et L. 4253-1 et L. 4253-2 pour les régions. Les collectivités actionnaires ne sont cependant pas soumises à ces ratios dans plusieurs hypothèses prévues par la loi, et pour celle qui intéresse plus particulièrement l'économie mixte, si la garantie concerne des opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés par une société.

Les règles d'encadrement des garanties d'emprunt inscrites dans le Code général des collectivités territoriales sont les suivantes :

- le premier ratio est établi par rapport aux recettes réelles de fonctionnement : une collectivité garante doit veiller à ce que les annuités de sa dette ne soient pas supérieures à 50 % des recettes réelles de fonctionnement (y compris l'annuité des nouveaux emprunts) ;
- le deuxième ratio concerne la division du risque : les annuités garanties au même débiteur ne peuvent excéder 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties (soit 10 % de 50 % des recettes réelles de fonctionnement) ;
- le troisième ratio concerne le partage du risque : la quotité d'un emprunt susceptible d'être garantie par une ou plusieurs collectivités est fixée à 50 %. Elle peut être portée à 80 % dans les cas d'opérations d'aménagement (*C. urb., art. L. 300-1 à L. 300-4*). Sont exclues de cette règle les garanties d'emprunts accordées pour des opérations menées par les organismes d'intérêt général (*CGI, art. 200 et 238 bis*, c'est-à-dire aux organismes ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique).

Pour les sociétés publiques locales, il est évident que les garanties d'emprunt ne pourront être accordées que par les seules collectivités territoriales actionnaires.

Si la société exerce des missions de nature industrielle et commerciale, il semble logique que les ratios prudentiels soient appliqués.

*A contrario*, si la société publique locale a une activité d'intérêt général et qu'elle assure la gestion d'une mission de service public à caractère administratif, la liberté de garantie d'emprunt devrait être totale<sup>Note 46</sup>.

En outre la faculté offerte aux collectivités territoriales d'accorder leur garantie ou leur cautionnement à des sociétés publiques locales ne concerne que les seuls emprunts auxquels sont applicables les ratios précités, c'est à dire les emprunts qui donnent lieu à l'établissement d'un tableau d'amortissement<sup>Note 47</sup>. Des garanties ou des cautionnements ne peuvent pas être accordés pour les concours bancaires donnant lieu à un droit de tirage, comme l'ouverture d'une ligne de crédit, même si, estime le Conseil d'État, le calendrier du prêt prévoit une réduction progressive des plafonds d'ouverture de crédit. Les lignes de trésorerie donnant lieu à une succession de prêts, de durée variable et non programmée, excluent l'établissement d'un tableau d'amortissement<sup>Note 48</sup>.

33. - Dans l'objectif d'informer les élus et autres personnes intéressées de l'ampleur des engagements hors bilan de la collectivité, il reste nécessaire de retracer les annuités de tous les emprunts garantis dans les annexes des documents budgétaires des collectivités et groupements actionnaires (sur l'état des autres engagements donnés, et aussi, pour les communes de 3 500 habitants et plus comme pour les établissements publics de coopération intercommunale comportant au moins une commune de cette catégorie, sur l'état détaillant à part les emprunts garantis).

34. - En outre, la mise en oeuvre de l'instruction budgétaire et comptable M 14 rénovée, depuis le 1er janvier 2006, s'est traduite par la suppression des provisions réglementées que devaient constituer les communes de 3 500 habitants et plus concernant les emprunts garantis. Cependant, toute collectivité ou établissement public relevant de l'instruction M 14 a l'obligation de constituer, quelle que soit sa taille démographique, une provision pour risque financier lorsqu'est ouverte une procédure collective contre un organisme bénéficiaire d'une garantie d'emprunt qu'elle (ou il) a accordée. Le montant de la provision est laissé à l'appréciation de l'assemblée délibérante qui doit le justifier au regard de l'évaluation financière du risque<sup>Note 49</sup>.

35. - Autre modalité d'intervention financière, les collectivités locales actionnaires qui détiennent la totalité du capital social peuvent décider de son augmentation car le capital permet de doter la société de fonds propres minimum, ceux-ci devant être dimensionnés, pour donner une base financière solide à la société, en fonction du besoin de financement initial mais également en fonction du besoin de financement durable. Applicable aux sociétés publiques locales, l'article L. 1524-1 du Code général des collectivités territoriales dispose qu'« à peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement sanitaire sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital, ou les structures des organes dirigeants d'une société d'économie mixte locale ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification (...) ». Il en résulte donc que toute modification du capital social doit impérativement faire l'objet d'une délibération des collectivités et groupements actionnaires autorisant une telle opération.

En outre, sur le fondement de l'article L. 225-248 du Code de commerce, si les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, du fait des pertes constatées, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire pour décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société.

Si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pas pu être imputées sur les réserves, si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social.

36. - Les dispositions relatives aux avances d'associés<sup>Note 50</sup>, telles qu'elles sont applicables aux sociétés d'économie mixte, sont transposables pour les sociétés publiques locales. Il en résulte que les collectivités et leurs groupements peuvent accorder aux SEML dont ils sont actionnaires des apports en compte courant d'associé. C'est ce qui résulte des articles L. 1522-4 et L. 1522-5 du Code général des collectivités territoriales, introduits par la loi de modernisation sur les sociétés d'économie mixte locales du 2 janvier 2002.

37. - Ces apports sont alloués sur la base d'une convention avec la collectivité qui prévoit la nature, l'objet et la durée de l'apport ainsi que les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation du capital.

38. - Ces avances sont limitées à une durée maximale de deux ans renouvelable une fois. À l'issue de cette période, l'apport est soit remboursé à la collectivité, soit incorporé au capital.

Il ne peut être consenti d'avance en compte courant d'associé si cette nouvelle avance conduit le montant total des avances accordées à des sociétés publiques locales à plus de 5 % des recettes réelles de fonctionnement de la collectivité ou du groupement.

Enfin, aucune avance ne peut être accordée à une société publique si ses capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, du fait de l'accumulation des pertes.

39. - S'agissant des concours financiers spécifiques que peuvent recevoir tous les cocontractants des collectivités territoriales au titre des articles L. 2224-1 et L. 2224-2 concernant la gestion des services publics industriels et commerciaux ainsi qu'au titre de l'article 5-b de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée, comme des dispositions financières particulières concernant les sociétés d'économie mixte d'aménagement, de logements sociaux et de développement économique, les collectivités territoriales devront veiller à la plus grande transparence.

40. - En définitive, la création de ce nouvel instrument d'intervention ne devrait pas manquer de poser de nouvelles questions, voire de conduire à de nouveaux contentieux.

S'agissant des nouvelles questions, c'est bien évidemment celle d'un nouvel élargissement de la palette des instruments à disposition des collectivités territoriales inscrite dans la proposition de loi tendant à créer des sociétés locales de partenariat<sup>Note 51</sup>. Constituées sous forme de sociétés anonymes, ces entités pourraient être détenues à 66 % au maximum par des partenaires privés, la collectivité conservant une minorité de blocage, et réaliser des opérations d'aménagement, des opérations de construction ou bien encore exploiter des services publics industriels et commerciaux ou toutes autres activités d'intérêt général.

41. - S'agissant des contentieux possibles, c'est le risque pour les sociétés publiques, au regard de leur champ d'action potentiel très large, qu'elles portent atteinte, sur des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence, au principe d'égalité concurrence. [squf]

Note 1 L. n° 2010-559, 28 mai 2010 : *Journal Officiel* 29 Mai 2010.

Note 2 V. la fiche établie par la Direction des affaires juridiques sur le site [www.economie.gouv.fr/directions...publics/loi\\_2010-559\\_dvp-spl.pdf](http://www.economie.gouv.fr/directions...publics/loi_2010-559_dvp-spl.pdf) - Fr. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Les sociétés publiques locales ou le « in house » à la française* : *Contrats-Marchés publ.* 2009, repère 5. - E. Lanzarone, I. Leca, *SPL : nouvel outil de développement économique* : *Lettre du cadre territorial* 2010, n° 403, p. 52.

Note 3 *Rapp. AN n° 2404, 2002-2007, rapport sur le projet de loi relatif aux concessions d'aménagement*, J.-P. Grand.

Note 4 J.-P. Schosteck, *député, rapporteur de la proposition de loi à l'Assemblée nationale et président d'honneur de la Fédération des entreprises publiques locales*.

Note 5 L. n° 2006-872, 13 juill. 2006 : *Journal Officiel* 16 Juillet 2006.

Note 6 M. Peltier, *La société publique locale d'aménagement* : *AJDA* 2006, p. 2371. - A. Fage et F. Rose-Dulcina, *La création des sociétés publiques locales d'aménagement : le déclin de l'économie mixte ?* : *Rev. Lamy coll. terr. déc.* 2006, p. 36-38.

Note 7 F. Linditch, *Nouvelle proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales* : *Contrats-Marchés publ.* 2009, alerte 21.

Note 8 Le secrétaire d'État aux Collectivités locales a mentionné, devant le Sénat, qu'une circulaire d'application interviendrait pour rappeler le cadre juridique.

Note 9 E. Muller, *Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ?* : *Contrats-Marchés publ.* 2010, étude 2.

Note 10 *Congrès national des Sem. Strasbourg, oct. 2006*.

Note 11 Ch. Julienne, *Les sociétés publiques locales : une concurrence déloyale* : *IFRAP*, 5 mai 2010. - *Sociétés publiques locales : réduire leur nuisance !* : *Fondation IFRAP*, 10 juin 2010. - *Le Medef s'inquiète de la concurrence des sociétés publiques locales* : *Les Échos*, 19 mai 2010. - H. Martui, *Comment le Parlement légalise le clientélisme* : *Marianne*, 20 avr. 2010.

Note 12 *Modèle allemand de la Stadtwerke*.

Note 13 A. Poli, G. Terrien, *Entreprises publiques locales et gestion des services publics locaux* : *BJCL* 2009, p. 664.

Note 14 M.-K. Yang Paya et C.-M. Dubois-Spaenlé, *La constitution d'une société publique locale d'aménagement* : *Gaz. cnes*, 26 avr. 2010.

Note 15 L. *Rapp. Quasi-régie, quasi-régime* : *AJDA* 2010, p. 588. - V. Cochi et G. Terrien, *L'actualité des contrats « in house », de prestations intégrées et de quasi-régie* : *Contrats publics* 2009, n° 89, p. 92.

[FS16] *CJCE*, 18 nov. 1999, *aff. C-107/98, Teckal SRL c/ Cne de Viano* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8121 ; *BJCP* 2000, p. 43.

Note 16 *CJCE*, 18 nov. 1999, *aff. C-107/98, Teckal SRL c/ Cne de Viano* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8121 ; *BJCP* 2000, p. 43.

Note 17 *CJCE*, 11 janv. 2005, *aff. C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 1, pt 44 ; *Mon. TP* 11 févr. 2005, p. 72, note T. Millet ; *Mon. TP* 23 févr. 2005, p. 76, note N. Charrel et L. Ducroux ; *CP-ACCP mars* 2005, p. 45, note D. Capitant ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, *comm.* 68, G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, *comm.* 36, A. Alonso-Garcia et A. Mailliard ; *Europe* 2005, *comm.* 86, E. Meisse ; *RD imm* 2005, p. 123, J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2005, p. 1113, J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *LPA* 23 juin 2005, p. 14, S. Marciali ; *BJCP* 2005, p. 258, J.-F. Sestier ; *Rev. droit des contrats* 2005, p. 1161, F. Rolin.

Note 18 Tel est par exemple, le cas d'une société d'économie mixte locale, transformée en société anonyme (*Cass. crim.*, 25 juin 2008, n° 07-88.373 ; *JurisData* n° 2008-044926 ; *Bull. crim.* 2008, n° 166) ou encore celui d'une SEML contrôlée pour moitié par la collectivité, l'autre moitié du capital étant détenue par une société privée (*CAA Paris*, 14 janv. 2010, n° 08PA04104, *Cne Chelles*).

Note 19 *CJCE*, 11 mai 2006, *aff. C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 4137, pt 37. - *CJCE*, 13 nov. 2008, *aff. C-324/07, Coditel Braham* : *REC CJCE* 2008, I, p. 8457.

Note 20 *CJCE*, 13 oct. 2005, *aff. C-458/03, Parking Brixen c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG* : *REC CJCE* 2005, I, p. 8585.

Note 21 *CJCE*, 10 sept. 2009, *aff. C-573/07, Sea SRL c/ Cne di Ponte Nossa*.

- Note 22 CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asemfo* : Rec. CJCE 2007, I, p. 2999.
- Note 23 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant*, préc. - R. Caranta, *Jurisprudence Telaustria et contrats in house* : Dr. adm. 2009, comm. 22.
- Note 24 CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Synd. nat. industries d'information de santé* : JurisData n° 2009-075033.
- Note 25 CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, *Cne d'Aix-en-Provence* : JurisData n° 2007-071735 : Rec. CE 2007, p. 155.
- Note 26 TA Pau, 14 oct. 2008, n° 0800537 et 081005, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques*.
- Note 27 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA*, préc. - CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asemfo c/ Tragsa*, préc.
- Note 28 On dénombreait 12 SPLA en mai 2010. - J. Dequéant, *Création d'un nouvel outil juridique : la société publique locale (SPL)* : Le Moniteur, 20 mai 2010.
- Note 29 A. Vandepoorter, Th. Rouveyran, *Sociétés publiques locales d'aménagement - Aménager sans mise en concurrence ?* : Gaz. ches 19 avr. 2010, p. 50.
- Note 30 V. l'insertion sur les collectivités locales et la gestion des opérations d'aménagement urbain : C. comptes, Rapp. public 2001.
- Note 31 CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, *Sea SARL c/ Cne Di Ponte Nossa*.
- Note 32 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SPL*, préc.
- Note 33 CAA Paris, 11 mai 2004, n° 00PA0781, *Cne Ozoin-la-Ferrière*. - P. Trouilly, *À quelles conditions la création d'une société d'économie mixte est-elle légale ?* : BJCL 2004, p. 563.
- Note 34 CE, 23 déc. 1994, n° 97449, *Cne Clairvaux-d'Aveyron* : JurisData n° 1994-049587 : Rec. CE 1994, p. 58.
- Note 35 CE, 5 oct. 2007, n° 298773, *Sté UGC-Ciné-Cité* : JurisData n° 2007-072474. - V. Cochi et G. Terrien, *Création de salles de cinéma et mise en concurrence* : CP-ACCP janv. 2008, p. 67 : CP-ACCP déc. 2007, p. 13.
- Note 36 CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : JurisData n° 2006-070219.
- Note 37 Vente de séjours touristiques par une SEM et liberté du commerce et de l'industrie, G. Clamour, note ss CAA Nancy, 14 juin 2007, SAEM Reims Champagne Congrès Expo : AJDA 2007, p. 1933.
- Note 38 Cons. sup. ordre des experts comptables, *L'audit des satellites des collectivités locales, une approche par les risques* : Salon des maires et des collectivités locales, semaine du 16 nov. 2009.
- Note 39 CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-371/05, *Commission c/ Italie* : Rec. CJCE 2008, I, p. 110.
- Note 40 Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : Journal Officiel 19 Décembre 2008.
- Note 41 V. par exemple, *Autorité conc.*, 15 déc. 2009, déc. n° 09-D-14 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'électricité et concernant la société d'économie mixte Gaz et Électricité de Grenoble. - *Autorité conc.*, 17 juin 2004, déc. n° 04-D-21, relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise.
- Note 42 Rép. min., n° 102783 : JOAN Q, 28 nov. 2006, p. 12457.
- Note 43 Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005 : Journal Officiel 7 Juin 2005.
- Note 44 D. n° 2005-1742, 30 déc. 2005 : Journal Officiel 31 Décembre 2005.
- Note 45 Circ. 12 févr. 2003. - Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixtes locales - Orientation de politiques pénales : CRIM 2003-02 G3 12-02-2003 : NOR : JUSD0330025C : BO min. Justice 1er janv.- 31 mars 2003.
- Note 46 CE, 30 mai 2007, n° 284744, *Armand* : JurisData n° 2007-072035. - F. Seners, *Une commune peut-elle accorder sa garantie pour la totalité d'un emprunt souscrit par une association de promotion de l'art lyrique* : BJCL 2007, p. 467.
- Note 47 CE, 28 avr. 2006, n° 268456, *Sté. BNP Paribas c/ Cne Grand-Couronne* : JurisData n° 2006-070063.

AJDA 2010 p. 1228

« Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi »

**Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques de Bercy**

**Issue d'une proposition de loi, la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales visait à offrir aux collectivités territoriales un nouvel outil d'intervention conforme au droit de l'Union européenne. Cet objectif est-il atteint, à votre sens ?**

Oui, il est incontestablement atteint. La loi est conforme à la jurisprudence *Teckal* (1), y compris jusque dans ses derniers développements. Cette jurisprudence part du principe de base qui est que toute personne publique est en droit de faire faire, par ses propres services, ce dont elle a besoin. On en déduit que lorsqu'elle utilise une structure qui, bien que juridiquement autonome, est une émanation d'elle-même, c'est comme si elle agissait par ses propres services ; elle n'a donc pas à procéder à une mise en concurrence pour lui confier une prestation à effectuer ou la gestion d'un service public. Mais cette jurisprudence exige pour qu'il n'y ait pas de mise en concurrence, d'une part, que la personne publique exerce un contrôle analogue à celui imposé à ses propres services et, d'autre part, que l'essentiel de l'activité soit effectué pour la personne publique.

La loi du 28 mai 2010 est même un peu plus restrictive, puisqu'elle dit que les sociétés publiques locales (SPL) devront exercer leur activité « exclusivement » pour leurs actionnaires, et non « essentiellement ».

**Pensez-vous que ce statut tel qu'il est rédigé répond entièrement et systématiquement aux conditions du *in house* ?**

Tel qu'il est rédigé, oui. Mais il devra être appliqué conformément à ce que permet le droit communautaire. C'est la question à laquelle la direction des affaires juridiques de Bercy est particulièrement attentive et sur laquelle nous souhaitons attirer l'attention des futurs utilisateurs. Là où il peut y avoir une difficulté, c'est dans la manière dont le contrôle de la collectivité va être exercé sur cette société, car la loi ne dit rien sur ce point. Il est clair que les collectivités locales devront nommer des administrateurs au sein de cette société et que les élus devront y avoir le pouvoir. C'est une condition sine qua non : la société doit rester sous la coupe de la ou des collectivités qui l'ont créée. Dans le fonctionnement, ce pourrait parfois être délicat. Cette société va exercer ses activités sur le territoire et pour le compte des collectivités actionnaires, elle ne doit pas se transformer - c'est une évolution contre laquelle nous souhaitons mettre en garde les élus - en entreprise exerçant des activités concurrentielles de marché. C'est pour ce motif que nous avons publié une fiche explicative de la loi (2).

**Un décret d'application est-il prévu ?**

Non, il n'est pas nécessaire.

Cette loi est remarquable à plusieurs égards. Dans sa fabrication, d'abord : elle est issue d'une proposition de loi parlementaire adoptée avec enthousiasme par l'Assemblée nationale et le Sénat et que le gouvernement a suivie, avec circonspection, dans les différentes étapes conduisant à son adoption.

C'est, ensuite, une loi très brève : quatre articles. Elle pose les principes fondamentaux : la SPL est une société anonyme à 100 % de capitaux publics, elle peut ne comprendre que deux actionnaires - par dérogation au code de commerce qui en exige au moins sept -, elle doit travailler exclusivement pour ses actionnaires, sur leur territoire et dans le cadre des compétences des collectivités membres de la société. Son objet est vaste : opérations d'aménagement, de construction, exploitation de services publics industriels ou commerciaux ou toutes autres activités d'intérêt général. C'est tout ce que dit la loi. Mais le régime juridique est complété par les renvois opérés.

Elle renvoie d'abord au code de commerce et donc au régime juridique de la société anonyme ; elle renvoie, ensuite, dans le code général des collectivités territoriales à l'ensemble des dispositions applicables aux sociétés d'économie mixte. Ce qui signifie très concrètement que le législateur met en place un contrôle du préfet sur ces sociétés.

**L'article 1<sup>er</sup> de la loi dispose que les SPL « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires ». Ceci n'implique-t-il pas le caractère administratif des contrats passés par les SPL ?**

Certainement pas. Il ne peut y avoir contrat administratif, sauf quelques exceptions, entre personnes privées.

Les SPL passeront donc des contrats de droit privé. En revanche, en tant que pouvoirs adjudicateurs, les SPL seront soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. La mise en concurrence n'aura pas lieu entre la collectivité et la SPL mais entre la SPL et ses cocontractants. Les SPL seront ainsi soumises à des procédures de mise en concurrence plus légères que celles des collectivités elles-mêmes.

### **En cas de défaillance de la SPL, n'y-a-t-il pas des risques d'actions en comblement de passif contre la ou les collectivités ?**

On est dans le droit commun des sociétés, sauf la disposition dérogatoire autorisant la présence de deux actionnaires seulement et celles renvoyant aux règles applicables aux SEM. Par conséquent, les collectivités locales pourront être responsables de leur SPL comme elles pouvaient l'être de leurs SEM.

La SPL est, en quelque sorte, une réponse à l'échec juridique des SEM. La jurisprudence communautaire a imposé qu'une collectivité publique ne puisse avoir recours à sa SEM sans la mettre en concurrence parce que la SEM n'est pas entièrement sous la coupe de la collectivité, dès lors que des capitaux privés y sont associés. Il y a là, reconnaissons-le, une relative absurdité, dans la mesure où les collectivités sont ainsi privées du droit de faire appel à la société qu'elles ont créée pour une tâche et financée. Il sera possible d'avoir recours à une SPL sans mise en concurrence.

### **Est-ce que ça ne préfigure pas la mort des SEM ?**

C'est possible théoriquement. J'observe que l'objet de la SPL est exactement le même que celui que le CGCT donne aux SEM (art. L. 1521-1 du CGCT). Les SPL vont vraisemblablement remplacer certaines SEM. Les craintes qu'ont exprimées certaines organisations professionnelles notamment, c'est que les collectivités locales réinternalisent un certain nombre de fonctions via un recours massif aux SPL.

Les SPL viendraient ainsi concurrencer les concessionnaires de service public. Le retour à la régie s'observe d'ailleurs actuellement dans quelques domaines notamment la gestion de l'eau, indépendamment de la création de la SPL. Je doute du très large développement de ce phénomène. Il faut en effet des capitaux pour faire une SPL, puisqu'elles n'ont pas le droit de faire appel au privé à la différence des SEM. La seule manière dont les SPL pourront se financer - ce sera peut-être un frein puissant - c'est l'emprunt.

Je pense qu'il y aura une grande crainte des collectivités de se lancer dans cette aventure. J'essaie donc de mener une action pédagogique, tout comme le ministère de l'intérieur qui prépare une circulaire annoncée par M. Marleix pendant les débats parlementaires.

### **La question qui risque de se poser n'est-elle pas la légalité de l'intervention des collectivités via leur SPL dans certains domaines ? Où est la limite du secteur concurrentiel ?**

C'est vraisemblablement l'une des questions qui sera la plus compliquée. Pour les besoins du service public dont elles ont la charge, les collectivités peuvent choisir leurs modalités juridiques d'intervention. La SPL leur donne un nouveau moyen sous forme d'une société anonyme de droit privé entièrement entre les mains de la collectivité qui cumule les avantages du tout public (pas d'obligation de mettre en concurrence) et du privé (droit de la société anonyme). J'observe cependant que, ces sociétés n'auront pas la possibilité comme les EPIC de mener des activités accessoires. La loi limite leur objet : elles doivent travailler « exclusivement pour les besoins de la collectivité ». Les collectivités vont certainement le sentir comme une contrainte. Plutôt que d'utiliser la SPL, elles pourraient préférer un EPIC ou la classique DSP avec recours à des délégataires privés après mise en concurrence.

La SPL peut être aussi une réponse à une autre question : celle de la directive Concession. Actuellement, les concessions de services n'ont pas de réglementation communautaire. La Commission semblait vouloir étendre le régime des marchés publics à l'octroi des DSP, ce qui signifierait mettre fin à la loi Sapin et notamment à son grand principe qui est in fine de pouvoir choisir le délégataire après négociation. La mise en place de la SPL, à laquelle pourront être attribuées des DSP, pourrait être vue comme une réponse préventive à cette offensive communautaire. La SPL offre, en effet, aux collectivités locales une occasion d'échapper à une telle réglementation. Plutôt que de passer en DSP-loi Sapin, elles pourront passer par le modèle DSP-SPL. C'est le modèle allemand des *Stadtwerke*. La nouvelle loi a inquiété la Commission européenne, qui sera très attentive à la manière dont les collectivités locales vont l'utiliser.

### **Quels seraient les deux conseils majeurs pour une collectivité qui veut utiliser une SPL ?**

Premièrement, utiliser cet intéressant outil ; deuxièmement, respecter, à la lettre, son mode d'emploi.

*Propos recueillis par Marie-Christine de Montecler et Jean-Marc Pastor*