

GPL121f6

Gazette du Palais, 02 mars 2013 n° 61, P. 17 - Tous droits réservés

Gazette

121f6 — Les sociétés publiques locales : une menace pour les constructeurs ?

Par la loi du 28 mai 2010, les sociétés publiques locales (SPL) étaient créées. Leur avènement a soulevé des craintes, faisant naître, semble-t-il, un sentiment de menace chez les acteurs privés de la construction. S'est également posée la question de la nature des dotations qui leur sont fournies.

Gazette – sociétés publiques locales – concurrence – actionnaires publiques – Code général des collectivités territoriales – concession – délégation de service public – aides d'État

par **Marie Lhéritier**

avocat au barreau de Paris

Clot Lhéritier Avocats

Par une loi du 28 mai 2010 ¹, les sociétés publiques locales (SPL), détenues à 100 % par des collectivités territoriales et leurs groupements, ont été créées. Jusque-ici, rien de véritablement nouveau sous le soleil des outils de gestion mis à la disposition des collectivités territoriales, lesquelles pouvaient déjà créer des sociétés d'économie mixte locales.

Cette loi, codifiée notamment à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales ², avait pourtant toutes les raisons de principe d'inquiéter les acteurs privés de la construction, dès lors, d'une part, qu'elle prévoit expressément que ces SPL peuvent intervenir notamment en matière d'aménagement et de construction, et d'autre part, qu'elle permet aux collectivités territoriales de conclure de gré à gré avec la SPL créée des conventions de délégation de service public.

Ainsi, l'enjeu concurrentiel était significatif « au vu de l'étendue des compétences statutairement possibles pour une SPL selon la loi, ainsi que du champ très vaste et diversifié des activités assurées aujourd'hui sous le régime de la délégation de service public » ³.

En effet, des ouvrages publics culturels peuvent parfaitement être construits et exploités sous le régime de la concession de service public conclue de gré à gré entre des collectivités territoriales, leurs groupements et une SPL.

C'est d'ailleurs pour ces raisons que le Syndicat Entreprises Générales de France Bâtiments et Travaux Publics (EGF-BTP) avait saisi l'Autorité de la concurrence sur la proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales avant son adoption ⁴.

S'inscrivant dans un mouvement de réappropriation par les personnes publiques de la gestion de leurs projets et services publics, les SPL constituent, en effet, des outils de gestion externalisés efficaces pour les collectivités territoriales et leurs groupements, qui leur permettent notamment de bénéficier de la souplesse du droit privé.

Mais les SPL n'en restent pas moins de simples services externalisés des collectivités et de leurs groupements actionnaires, dotés de la personnalité morale. Leur régime juridique comporte des particularismes qui peuvent être de nature à limiter considérablement leur champ d'action et leur flexibilité nécessaires à la réalisation d'un certain nombre de projets, ce qui laisse encore de belles parts de « marchés publics » aux entreprises privées.

Ainsi, s'il peut être confié à une SPL spécialement créée à cet effet une concession de service public de gré à gré, c'est à la condition que celle-ci fonctionne véritablement comme un des services des collectivités actionnaires (I).

Ensuite, les SPL sont soumises aux règles relatives aux aides d'État gardiennes, en toute hypothèse, d'une saine concurrence entre les opérateurs économiques (II).

I – La SPL, une société « miroir » de ses actionnaires publics

S'il est permis de confier à une SPL une concession ou une délégation de service public sans publicité ni mise en concurrence préalable, c'est toutefois dans la stricte mesure où les collectivités et leurs groupements actionnaires exercent sur ladite SPL un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ⁵ (A).

En outre, une SPL, qui revêt la forme d'une société anonyme, ne peut être créée par des collectivités territoriales et/ou leurs groupements que dans le strict cadre de leurs compétences ; son capital doit être détenu en totalité par au moins deux collectivités territoriales et/ou leurs groupements et la SPL doit exercer exclusivement ses activités pour le compte de ses actionnaires et sur le territoire des collectivités et des groupements de collectivités qui en sont membres ⁶ (B).

A – La direction effective et stratégique de la SPL doit être assurée par les actionnaires publics

L'exigence du contrôle analogue prévue par l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales constitue la traduction en droit interne de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de s'affranchir des règles de publicité et de mise en concurrence et, partant, de confier de gré à gré la réalisation de prestations de services notamment à une entité juridiquement distincte, sous réserve que deux conditions soient satisfaites :

Condition 1. Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, même s'il n'est pas identique en tout point ⁷ .

Or, il n'existe pas de critères précis qui permettent, de façon incontestable, d'établir que le contrôle exercé par la personne publique sur son prestataire est analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

La jurisprudence européenne précise toutefois que ce critère est rempli si le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur lui permet d'exercer une influence déterminante « tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions les plus importantes » ⁸ , comme, par exemple, la désignation des membres des organes de direction de l'entité ⁹ .

Ce contrôle doit être effectif. En d'autres termes, le lien de dépendance institutionnel entre les actionnaires publics et la société doit être tel qu'il exclut l'autonomie du cocontractant ¹⁰ .

Associé à la détention de l'intégralité du capital social par les personnes publiques actionnaires, insuffisant à lui-seul ¹¹ , le caractère avéré du lien de dépendance institutionnel privant la société d'autonomie permettrait donc de qualifier le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son prestataire de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Condition 2. Le cocontractant doit réaliser l'essentiel de ses activités pour lui ¹² .

Cette condition est nécessairement satisfaite en droit interne lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie une mission à une SPL dont il est actionnaire, puisque la SPL ne peut exercer ses activités que pour le compte de ses actionnaires et sur le territoire des collectivités et des groupements de collectivités qui en sont membres ¹³ .

En pratique, cela signifie que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent régulièrement confier de gré à gré un contrat de concession de service public à une SPL qu'ils ont créée qu'à la condition que la direction effective et stratégique de la SPL soit assurée par les élus eux-mêmes ou sous leur contrôle étroit.

En d'autres termes, l'apparence de contrôle ne suffit pas ; encore faut-il démontrer que les actionnaires publics pèsent au quotidien de tout leur poids dans l'administration de la SPL.

B – La SPL doit avoir un objet limité aux compétences de ses actionnaires

Ensuite, les SPL ne peuvent exercer leurs activités qu'exclusivement pour le compte et sur le territoire de leurs actionnaires. L'objet de la SPL doit ainsi correspondre aux compétences des actionnaires (deux au minimum), collectivités ou groupements de collectivités.

Cette exigence est d'ailleurs susceptible de soulever une difficulté lorsqu'une ou plusieurs communes et l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) dont elles sont membres souhaitent créer ensemble une SPL ¹⁴ . En effet, dans l'hypothèse où l'objet de la SPL correspond à une compétence qui a été en totalité transférée par les communes à l'EPCI dont elles sont membres, celles-ci ne pourront pas participer à la SPL envisagée, faute de détenir une compétence dans le domaine considéré.

En effet, dans cette hypothèse, l'EPCI exerce de plein droit, en lieu et place des communes membres, les compétences transférées dont celles-ci sont intégralement dessaisies¹⁵. C'est le cas, par exemple, d'un projet de construction d'un équipement public culturel sur le territoire d'une commune qui a transféré sa compétence en matière de gestion d'équipements culturels à un EPCI. La commune et l'EPCI ne pourront pas, dans cette hypothèse, créer une SPL en vue de lui confier un contrat de concession de service public de gré à gré.

En revanche, si la compétence n'a pas été intégralement transférée à l'EPCI par les communes membres, leur participation au capital d'une SPL pourrait, semble-t-il, être envisagée, dès lors que chacune des compétences distinctes correspond aux activités comprises dans l'objet de la SPL.

Cette solution ressort toutefois d'une seule ordonnance du tribunal administratif de Lille qui mériterait d'être confirmée¹⁶.

En conclusion, cette exigence interdit à la SPL toute diversification tant territoriale que sectorielle, et peut parfois constituer un obstacle à la réalisation d'un équipement public lorsque cet équipement est situé sur le territoire d'une commune qui a transféré la compétence concernée à un EPCI. Dans ce cas de figure, les deux collectivités ne pourront pas créer une SPL ensemble et devront donc recourir à d'autres modes de gestion : régie ou concession de service public avec mise en concurrence, éventuellement contrat de partenariat public/privé.

II – La soumission au régime des aides d'État des dotations versées aux SPL

Les dotations fournies par les collectivités actionnaires à la SPL pour accomplir les prestations qui lui sont confiées, notamment dans le cadre de contrats de délégation de service public, peuvent être considérées comme des aides d'État délivrées à une entité exerçant une activité économique¹⁷ et qui pourraient, sous certaines conditions, s'avérer contraires aux traités de l'Union européenne.

L'Autorité de la concurrence a récemment été saisie de cette question¹⁸ et a rappelé que les aides d'État octroyées aux SPL délégataires de service public sont incompatibles avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) lorsque quatre conditions cumulatives sont réunies :

- un financement sur une ressource publique (États ou collectivités territoriales) ;
- une mesure procurant un avantage à certaines entreprises ou à certaines productions à l'exclusion d'autres ;
- une mesure susceptible de fausser la concurrence ;
- l'affectation du commerce entre les États membres.

L'Autorité rappelle que « la nature locale ou régionale de l'activité en cause n'est pas prise en considération. En effet, même une aide d'un faible montant peut augmenter l'offre de service d'une entreprise et rendre plus difficile l'accès au marché pour d'autres entreprises européennes »¹⁹.

Mais il importe de préciser qu'en-deçà d'un seuil fixé par le règlement n° 1998/2006 de la Commission²⁰, les sommes versées par la collectivité à son exploitant échappent à la réglementation relative aux aides d'État dans la mesure où l'on considère que ce montant n'est pas de nature à affecter le commerce entre États membres. Tel est le cas si le montant brut total des aides *de minimis* octroyées à une même entreprise n'excède pas 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux.

Lorsque les dotations versées aux SPL sont *a priori* incompatibles avec le Traité, les sommes versées à la SPL délégataire ou concessionnaire peuvent encore être considérées comme justifiées si elles constituent la compensation des charges de service public, moyennant le respect de quatre conditions :

- les obligations de service public imposées doivent être expressément prévues et clairement définies ;
- les paramètres de calcul de la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- la compensation ne doit pas dépasser la couverture, en tout ou partie, des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, au vu des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exploitant ;
- en l'absence de mise en concurrence préalable pour le choix de l'exploitant, le montant de la compensation doit être fixé par rapport aux coûts que supporterait une entreprise moyenne bien gérée²¹.

Si ces conditions ne sont pas remplies, la compensation sera qualifiée d'aide d'État et devra être analysée à la lumière des critères mentionnés à l'article 107 § 1 du TFUE pour en déterminer sa compatibilité avec le Traité²².

Au cas par cas, il convient donc tout d'abord de vérifier si les montants versés à la future SPL par ses actionnaires sont supérieurs à 200 000 euros sur trois exercices fiscaux. Dans la négative, les sommes versées pourront être considérées comme des compensations de service public compatibles avec le Traité si les quatre conditions précitées sont satisfaites.

En conclusion, le régime juridique des SPL permet d'éviter toute instrumentalisation à des fins de détournement des règles de la commande publique et du droit de la concurrence, au point même d'empêcher la création d'une SPL pour réaliser certains projets.

Ainsi, ces sociétés ne peuvent être instrumentalisées pour détourner les règles de publicité et de mise en concurrence, dès lors que l'exemption dont elles bénéficient en matière de contrat de délégation de service public ne s'applique que lorsqu'elles apparaissent effectivement comme de véritables services externalisés des collectivités actionnaires. Et toute éventuelle atteinte au droit de la concurrence est anticipée par l'application du droit des aides d'État aux dotations versées aux SPL par les actionnaires.

Enfin, il existe de nombreux cas dans lesquels les SPL ne pourront pas être créées pour réaliser le projet envisagé, ce qui préserve, là encore, l'activité des opérateurs privés auprès des collectivités territoriales et de leurs groupements.

1 1. L. n° 2010-559, 28 mai 2010, pour le développement des sociétés publiques locales : JO 29 mai 2010, p. 9697.

2 2. CGCT, art. L. 1531-1 : « 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 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 ».

3 3. Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011, relatif à la création des sociétés publiques locales.

4 4. Avis Aut. conc. préc.

5 5. En effet, les dispositions de l'article L. 1411-12 du CGCT excluent expressément l'application des règles de publicité et de mise en concurrence applicables aux DSP lorsqu'un service public est confié à un établissement public ou à une SPL sur lesquels la personne publique « exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société ».

6 6. L'article L1531-1 du CGCT renvoie au titre II du présent livre, c'est-à-dire aux articles L. 1521-1 et suivants du même code.

7 7. CJCE, 18 nov. 1999, C-107/98, Teckal c/ Cne di Viano.

8 8. CJCE, 13 oct. 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH.

9 9. CJCE, 17 juill. 2008, C-371/05, Commission c/ Italie.

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

11 11. CJCE, 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo SpA.

12 12. CJCE, 18 nov. 1999, préc.

13 13. CGCT, art. L. 1531-1 préc.

14 14. Sur ce point, v. nota. la circ. n° COT/B/11/08052/C du 29 avr. 2011 relative au régime des sociétés publiques locales.

15 15. CGCT, art. L. 5214-16. Pour une illustration : CE, 16 oct. 1970, n° 71536, Cne de Saint-Vallier.

16 16. En effet, une ordonnance de référé admet que les collectivités territoriales membres et/ou leurs groupements peuvent disposer de compétences distinctes dès lors que chacune d'entre elles correspond aux activités comprises dans l'objet de la SPL. En d'autres termes, chaque collectivité ou chaque groupement actionnaire ne devrait pas nécessairement détenir entre ses mains toutes les compétences pour exercer l'ensemble des activités objets de la SPL. Il suffirait que tous ensemble – les collectivités et/ou leurs groupements actionnaires – détiennent les compétences idoines : TA Lille, ord. 29 mars 2012, n° 1201729, Communauté de communes Sambre Avesnois.

17 17. Cette notion étant appréciée de façon large par la CJUE.

18 18. Aut. conc., avis n° 11-A-18, 24 nov. 2011, relatif à la création des sociétés publiques locales.

19 19. Avis Aut. conc. préc.

20 20. Règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 déc. 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides *de minimis* « Champ d'application du présent règlement ».

21 21. Cf. avis Aut. conc. préc., p. 12 ; conditions posées par la jurisprudence communautaire : CJCE, 24 juill. 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH.

22 22. Voir la décision de la Commission du 28 nov. 2005 sur l'application des dispositions de l'art. 86, paragraphe 2 TCE (TFUE, nouvel art. 106 § 2) aux aides d'État sous forme de compensation de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG et un encadrement communautaire du 29 nov. 2005 relatif aux aides d'État sous forme de compensation de service public qui fixent trois conditions de compatibilité avec le Traité des compensations d'obligations de service public.

