

# SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES D'AMÉNAGEMENT

## Aménager sans mise en concurrence ?

### L'ESSENTIEL

#### ■ Un objectif précis

La création des SPLA entend retenir les avantages de la société d'économie mixte locale tout en échappant à son nouvel inconvénient : elle n'est pas soumise aux contraintes qui encadrent les structures publiques, mais reste sous le contrôle de ses actionnaires publics. Elle peut être sollicitée par ses actionnaires sans pour autant être mise en concurrence.

#### ■ Champs d'intervention

Instituées uniquement à titre expérimental, le champ d'intervention des sociétés publiques locales d'aménagement est, selon les textes, très précisément circonscrit, alors que la pratique retient une acceptation extensive de la notion d'aménagement.

#### UNE ANALYSE DE

Alexandre VANDEPOORTER et Thomas ROUYERAN,  
avocats, SCP Seban et associés

La loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement a créé, à titre expérimental, une nouvelle catégorie de sociétés anonymes, définie à l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme : les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). L'objectif du législateur est clair : permettre aux personnes publiques d'externaliser la réalisation d'une opération d'aménagement en confiant cette charge à une société commerciale, qui serait sous leur contrôle immédiat parce qu'elles en détiendraient la totalité du capital, et qui pourrait, ainsi, ne pas être mise en concurrence, car considérée comme une structure intégrée couverte par la théorie des relations « in house ».

La création de ces sociétés d'un genre nouveau entend répondre à une évolution de la jurisprudence communautaire et nationale qui a eu pour effet d'exclure les sociétés d'économie mixte locale du champ d'application de la théorie des relations « in house » – en raison de la présence obligatoire d'actionnaires privés au sein de leur capital social

– et, plus récemment, pour effet de soumettre les conventions d'aménagement à une procédure de publicité et de mise en concurrence. De fait, les collectivités territoriales ne pouvaient donc plus attribuer à une société d'économie mixte locale dont elles étaient actionnaires la charge de réaliser une opération d'aménagement, sans préalablement la mettre en concurrence.

La création des SPLA entend réagir à cette évolution jurisprudentielle qui, de fait, a considérablement limité l'intérêt que les sociétés d'économie mixte locales présentaient encore dans le domaine de l'aménagement.

#### À NOTER

L'objectif du législateur est de permettre aux personnes publiques d'externaliser la réalisation d'une opération d'aménagement qui pourrait ainsi ne pas être mise en concurrence, parce que considérée comme une structure intégrée couverte par la théorie des relations in house.

Fondamentalement, la création des SPLA entend retenir les avantages de la société d'économie mixte locale tout en échappant à son nouvel inconvénient : la SPLA est une société commerciale qui, d'une part, n'est pas sou-

mise aux contraintes qui encadrent les structures publiques mais reste sous le contrôle de ses actionnaires publics et qui, d'autre part, peut être sollicitée par ses actionnaires sans, pour autant, être mise en concurrence.

De ce point de vue, la SPLA présente un intérêt indiscutable. Et elle connaît du reste déjà un réel succès : un nombre certain de SPLA sont déjà constituées ou en voie de l'être. L'intérêt qu'elle suscite n'est toutefois pas sans limites. Outre que cette structure est instituée à titre expérimental, son champ d'application semble circonscrit aux seules opérations d'aménagement, ce qui limiterait l'intérêt qu'elle peut présenter pour un certain nombre de collectivités territoriales, et qui explique sans doute que certaines aient

### RÉFÉRENCES

- Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JO du 16 juillet 2006.
- Code de l'urbanisme (C. urb.), art. L. 300-4, L.300-5-2, L.327-1.

finalement renoncé à transformer leur société d'économie mixte en SPLA.

Face à ce constat en demi-teinte, et pour donner un plus grand effet à cet instrument institutionnel attendu, une proposition de loi relative au développement des sociétés publiques locales a été adoptée par le Sénat en première lecture, le 4 juin 2009, et par l'Assemblée nationale le 23 mars dernier, apparemment sans grande réserve des parlementaires sollicités.

La proposition de loi, qui doit être encore examinée en seconde lecture par le Sénat, mais dont le texte définitif devrait donc être prochainement adopté, entend élargir le champ d'action matériel des SPLA et instituer une autre catégorie de sociétés à capitaux exclusivement publics : les sociétés publiques locales qui, comme leur nom l'indique, ne seraient plus limitées à l'aménagement, mais pourraient au contraire procéder à de simples opérations de construction d'équipements publics et, au-delà, à toute autre opération d'intérêt général.

Les SPLA sont donc des sociétés commerciales qui peuvent être sollicitées sans mise en concurrence (I), mais dont le champ d'action est limité à l'aménagement (II).

### I. Société commerciale sollicitée sans mise en concurrence

Selon le second alinéa de l'article L.300-4 du Code de l'urbanisme : « l'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ».

Cependant, l'article L.300-5-2 du Code de l'urbanisme soustrait les concessions d'aménagement à cette obligation de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles sont

#### À NOTER

Une SPLA peut répondre aux conditions d'application de la théorie des relations in house, parce qu'elle ne peut agir que pour ses actionnaires et que ces derniers ne peuvent être que des personnes publiques.

conclues entre un concédant et un aménageur dont les relations peuvent être enfermées dans la théorie des relations « in house ».

Or, une SPLA peut répondre aux conditions d'application de la théorie des relations « in house », parce qu'elle ne peut agir que pour ses actionnaires

## Code de l'urbanisme, article L.327-1

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital.

Une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales participant à une société publique locale d'aménagement détient au moins la majorité des droits de vote.

Ces sociétés sont compétentes pour réaliser, pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités qui en sont membres, toute opération d'aménagement au sens du présent code.

Les sociétés publiques locales d'aménagement revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du Code de commerce. Toutefois, par exception à la deuxième phrase de l'article L.225-1 du même code, elles peuvent être composées de deux actionnaires ou plus.

Les sociétés publiques locales d'aménagement sont soumises aux dispositions du chapitre IV du titre II du livre V de la première partie du CGCT.

et parce que ces derniers ne peuvent être que des personnes publiques. Et c'est là toute la différence qui existe entre une société publique locale d'aménagement, dont le capital est exclusivement détenu par des personnes publiques, et une société d'économie mixte locale, dont une partie du capital est nécessairement entre les mains d'opérateurs privés.

La Cour de justice des communautés européennes a en effet considéré qu'un organisme dont le capital est détenu – même pour une part infime – par un opérateur privé ne peut pas, en principe, constituer une structure intégrée qui échappe aux règles de la commande publique, parce qu'il n'agit alors pas uniquement pour des pouvoirs adjudicateurs et qu'il peut ainsi se placer sur un terrain concurrentiel, justifiant qu'il soit mis en concurrence avec d'autres (1).

Fondamentalement, il est deux conditions pour que la théorie des relations « in house » trouve à s'appliquer aux relations entre une SPLA et chacun de ses actionnaires : chaque actionnaire doit exercer sur la SPLA « un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » et la SPLA doit exercer « l'essentiel de ses activités » pour les actionnaires qui la contrôlent. La seconde condition est nécessairement vérifiée, parce qu'en application de l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme, une SPLA ne peut intervenir que pour le compte de ses actionnaires, si bien qu'elle réalise nécessairement l'essentiel de ses activités pour ses actionnaires.

La première condition mérite une plus grande attention. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes que, pour apprécier si une collectivité exerce sur son prestataire « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services », deux critères peuvent alternativement être pris en compte : l'un concerne le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur les organes de direction de la société, l'autre concerne l'autonomie contractuelle du prestataire.

Suivant le premier critère, il faut distinguer selon que la SPLA intervient pour le compte de son actionnaire majoritaire – car il en est nécessairement un – ou pour le compte des autres actionnaires.

Dans le premier cas, la condition est nécessairement remplie : dans la mesure où la collectivité actionnaire majoritaire dispose d'un pouvoir majoritaire au sein des organes de décision de la SPLA, elle exerce « un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », au sens donné à cette formule par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (2). Dans l'autre, la question est sans doute plus délicate au premier regard, parce que les actionnaires minoritaires ne peuvent par définition pas, à eux seuls, exercer un pouvoir sur la société, >

(1) CJCE 11 janv. 2005, « Stadt Halle », C-26-03.  
 (2) CJCE, 19 avr. 2007, « Asemfo », C-295/05 ;  
 13 nov. 2008, « Coditel », C-324/07.

■ ■ ■ faute de disposer d'une majorité des voix au sein du conseil d'administration. Cependant, la Cour de justice des communautés européennes a considéré qu'il n'était pas nécessaire que chaque collectivité actionnaire exerce sur une structure donnée un contrôle entier pour que la théorie des relations in house puisse trouver à s'appliquer à cette structure (3).

Tout récemment, la Cour de justice a confirmé à cet égard que « la jurisprudence n'exige pas que le contrôle exercé sur la société adjudicataire dans un tel cas soit individuel », et qu'il convenait « d'admettre que, dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une société à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle de ces autorités publiques sur cette société peut être exercé conjointement par ces dernières » (4). En conséquence, tant que chaque collectivité dispose d'un droit de représentation directe au sein du conseil d'administration, et participe ainsi au « contrôle conjoint » qui est exercé sur la société, chacune exerce un « contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ces propres services », au sens de l'article L.300-5-2 du Code de l'urbanisme.

Naturellement, ce premier critère – qui tient au contrôle exercé par les actionnaires sur les organes dirigeants de la société – pourrait ne plus être plus satisfait si le nombre de collectivités actionnaires devait être trop important pour qu'elles puissent toutes disposer d'un quelconque pouvoir de contrôle sur l'action de la société.

Il faudrait alors faire application du second critère, qui tient à l'absence de liberté contractuelle de la société. En application de ce critère, la Cour de justice des communautés européennes juge que les obligations de publicité et de mise en concurrence ne trouvent pas à s'appliquer entre une société et ses actionnaires publics, si cette société se voit imposer par ses actionnaires des obligations qu'elle ne peut pas négocier ou refuser, considérant que, dans ce cas, la société est exclue de

**À NOTER**

La CJUE juge que les obligations de publicité et de mise en concurrence ne trouvent pas à s'appliquer entre une société et ses actionnaires publics, si cette société se voit imposer par ses actionnaires des obligations qu'elle ne peut pas négocier ou refuser.

toute logique de marché – et donc de la commande publique – parce qu'elle peut être tenue de faire ce qu'une pratique commerciale ne l'aurait peut-être pas conduite à faire (5). Le critère s'apprécie logiquement au cas par cas, et laisse ainsi aux collectivités territoriales qui entendent créer une société sur les organes dirigeants de laquelle elles ne pourront pas toutes exercer directement un pouvoir de contrôle, le soin de décider si elles souhaitent – ou non – enfermer la société dans des relations in house, en la privant à cet effet de toute liberté contractuelle.

Sous cette réserve, la SPLA devrait donc en principe relever du champ d'application des relations in house, et elle ne devrait donc pas être mise en concurrence lorsque l'un ou l'autre de ses actionnaires souhaite lui confier une opération d'aménagement.

Pour autant, il va sans dire que la SPLA devra elle-même respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ses marchés : parce qu'elle doit être analysée comme une structure intégrée d'un pouvoir adjudicateur, elle doit logiquement être elle-même considérée comme un pouvoir adjudicateur.

La SPLA est ainsi soumise, pour la passation de ses marchés, aux règles de mise en concurrence organisées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, puisqu'elle est « un pouvoir adjudicateur » au sens de l'article 3 de cette ordonnance, c'est-à-dire, en substance, un organisme de droit privé sous « la tutelle » d'un pouvoir adjudicateur. En offrant aux collectivités territoriales la possibilité de confier directement la charge d'une opération d'aménagement à une société commerciale qu'elles contrôlent, l'intérêt des sociétés publiques locales d'aménagement est donc indiscutable. Pour l'heure, il est toutefois limité par les compétences qui leur sont attribuées.

**II. Une société compétente pour réaliser des opérations d'aménagement**

Outre qu'elles sont instituées uniquement à titre expérimental, le champ d'intervention des sociétés publiques locales d'aménagement est très précisément circonscrit, et ce de trois points de vue.

1) D'abord, une SPLA ne peut procéder à des opérations d'aménagement que sur le territoire géographique de ses actionnaires.

2) Ensuite, elle ne peut exercer des missions que pour le compte de ses actionnaires. La question était sans doute, jusque-là, quelque peu ouverte : il ne pouvait pas être exclu que la SPLA puisse, de façon occasionnelle, réaliser des missions accessoires pour une collectivité qui ne serait pas actionnaire ; sous réserve toutefois que, dans ce cas, elle soit mise en concurrence, la théorie des relations in house ne trouvant par définition plus à s'appliquer, faute pour la collectivité concernée d'exercer sur elle un quelconque pouvoir de contrôle. La proposition de loi relative au développement des sociétés publiques locales tranche cependant la question, en introduisant dans l'article L.327-1 un alinéa selon lequel les SPLA « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires ».

3) Enfin, et surtout, une SPLA ne devrait a priori intervenir que pour réaliser une opération d'aménagement au sens du Code de l'urbanisme. Et les juridictions administratives considèrent qu'une opération ne peut être qualifiée d'opération d'aménagement que si elle a un effet significatif sur une zone urbaine déterminée, et ne se limite pas à la simple construction d'équipements publics sans effet sur le tissu urbain et, au-delà, que si elle commande à l'aménageur d'exercer plusieurs activités complexes : s'assurer de la maîtrise foncière, de la viabilisation des terrains et de la cession des droits à construire, de la commercialisation des équipements construits...

Pour la doctrine administrative, contrairement à une société d'économie mixte locale, une SPLA ne saurait donc être, pour l'heure, en charge de réaliser de simples opérations de construction qui ne s'intégreraient pas dans une opération d'aménagement plus vaste, comme une réponse ministérielle l'a du reste récemment rappelé (6).

Et la SPLA ne pourrait, en conséquence, se voir confier une opération d'aménagement que par la voie d'une « concession d'aménagement », au sens de l'article L.300-4 du Code de l'urbanisme, si bien qu'elle devrait, en ap-

**À NOTER**

La SPLA devra elle-même respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ses marchés : elle doit être analysée comme une structure intégrée d'un pouvoir adjudicateur.

plication de cet article, assurer elle-même la maîtrise des ouvrages qu'elle est en charge de réaliser, contrairement, là encore, aux sociétés d'économie mixte locales, qui peuvent intervenir dans le cadre d'une simple délégation de maîtrise d'ouvrage, pour procéder à des constructions isolées.

A suivre le texte de l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme, le champ de compétences de la SPLA est donc bien étroit. Cependant, la pratique s'écarte volontairement de la lettre

### À NOTER

Une SPLA ne saurait être en charge de réaliser de simples opérations de construction qui ne s'intégreraient pas dans une opération d'aménagement plus vaste.

même du texte, au profit d'une acceptation extensive de la notion d'opération d'aménagement. Les statuts de certaines SPLA leur attribuent en effet

le pouvoir de réaliser des équipements publics dans le cadre d'une simple délégation de maîtrise d'ouvrage.

Il existe donc une dissension entre le texte et la pratique concernant le champ d'intervention de la SPLA, qu'il était utile de clarifier pour assurer une meilleure sécurité juridique des montages ainsi réalisés.

C'est précisément l'objet d'une proposition de loi actuellement en discussion au parlement (7).

La proposition prévoit notamment que les SPLA seraient également compétentes pour procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière qui pourrait être rattachée à l'un des objectifs visés à l'article L.300-1 du Code de l'urba-

nisme, c'est-à-dire être rattachée à un objectif d'aménagement, tel qu'un projet urbain, une politique locale de l'habitat, le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques, le développement des loisirs et du tourisme, la réalisation d'équipements collectifs...

Concrètement, l'action d'une SPLA ne serait plus circonscrite aux seules opérations d'aménagement, telles qu'elles sont étroitement entendues par les juridictions administratives.

La proposition de loi va toutefois plus loin encore. Elle entend créer des sociétés publiques locales (SPL) qui, comme leur nom l'indique incidemment, ne seraient plus limitées à l'aménagement comme le sont les SPLA, mais qui présenteraient les mêmes caractères (une société anonyme à capital exclusivement public qui ne pourrait agir que pour le compte de ses actionnaires et uniquement sur leur territoire).

Cette société publique locale en projet présenterait ainsi les avantages de la SPLA, sans les inconvénients.

D'un côté, à l'instar de la SPLA, il s'agirait d'une société à capitaux exclusivement publics, si bien que la société et ses actionnaires seraient enfermés dans des relations intégrées – ou relations in house – qui échappent à l'application des règles de procédure et de mise en concurrence du Code des marchés publics.

Et, d'un autre côté, la SPL ne serait pas uniquement compétente pour réaliser des opérations d'aménagement ou pour réaliser des constructions attachées à un objectif d'aménagement, mais pourrait aussi « réaliser des

opérations de constructions » ou « exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ».

En clair, la SPL pourrait fonctionner comme une société d'économie mixte et aurait un

**À NOTER**  
Adoptée en première lecture par le Sénat le 4 juin 2009, une proposition de loi entend significativement élargir le champ d'action d'une SPLA, dont elle supprime au demeurant le caractère expérimental.

champ d'action semblable à ceux d'une société d'économie mixte, à ceci près – mais c'est essentiel – qu'elle serait exclusivement détenue par des personnes publiques et

pourrait donc être enfermée dans la théorie des relations in house, et échapper en conséquence à toute mise en concurrence.

Il convient donc de rester attentif aux suites qui vont être données à cette proposition de loi. ■

(3) CJCE 13 nov. 2008, « Coditel », op. cit.

(4) CJCE 10 sept. 2009, « Cne di Ponte Nossa », C-573/07.

(5) CJCE 19 avr. 2007, « Asemfo », C-295/05; 18 décembre 2007, « Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia », C-220/06.

(6) Réponse ministérielle du 14 avril 2009, ministère de l'Ecologie, publiée au « Journal officiel » de l'Assemblée nationale, p.3549.

(7) Voir au sujet de cette proposition, le rapport n°2277, de Monsieur Schosteck fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, pour le développement des sociétés publiques locales.

Profiter d'une offre d'emploi pour évoluer et d'un salaire très satisfaisant pour protéger vos ressources

La Gazette c'est votre territoire !

Partager avec son équipe les meilleures sources, les meilleures références

Multiplier les moyens d'accéder à l'information recherchée

Pour vous abonner maintenant, tapez [www.lagazette.fr](http://www.lagazette.fr)

la Gazette