

la Gazette

des communes ● des départements ● des régions

LES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES

Cadre juridique

10 études - 50 questions / réponses
Fédération des entreprises publiques locales
Cabinet Seban et associés
Octobre 2011

Sommaire

Avant-propos	5	II. 50 questions sur les sociétés publiques locales *	23
Entreprises publiques locales : une gamme et des valeurs	5	1 à 12. Objet et création des SPL	23
I. Études	7	13 à 20. Régime de société commerciale	25
Étude 1 : Les organes de gestion et direction des entreprises publiques locales	7	21 à 39. Gouvernance de la SPL	27
Étude 2 : L'entreprise publique locale, une entreprise comme les autres ?	8	40 à 50. Fonctionnement de la SPL	31
Étude 3 : Les SPL et les compétences locales à l'issue de la loi de réforme des collectivités territoriales	9		
Étude 4 : Avantages et inconvénients des SEM, SPL et SPLA	11		
Étude 5 : La coopération entre entreprises publiques locales	13		
Étude 6 : Comparaison avec les nouveaux outils juridiques GIP et SCIC	14		
Étude 7 : Les entreprises publiques locales et leurs contrats	16		
Étude 8 : Les 5 jurisprudences récentes les plus marquantes pour les SEM	17		
Étude 9 : Le contrôle analogue dans les sociétés publiques locales	19		
Étude 10 : Les entreprises publiques locales et l'énergie solaire photovoltaïque	20		

Les références

- Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (JO du 29 mai 2010, p.9697).
- Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (JO du 7 juin 2005 p.10014).
- Circulaires du 4 juillet 2008 et du 30 septembre 2008 relatives à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), NOR: INTB08 00133 DGCL et NOR: INTB08 001361/C.
- Circulaire du 29 avril 2011 relative au régime des SPL et des SPLA, NOR: COTB1108052C.
- CJCE, 18 novembre 1999, Teckal SRL, aff. C-107-98.
- CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n°275531.
- CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, n°308564.

Avant-propos

Crise financière, économique, sociale et environnementale, réforme territoriale et redécoupage des territoires de compétence, restrictions budgétaires et finances locales contraintes, évolutions des besoins et nouveaux défis sociétaux... l'environnement direct des collectivités locales connaît de profondes mutations. Les élus locaux sont unanimes : plus que jamais, il y a nécessité d'anticiper, d'innover et de mutualiser pour construire une action publique locale renouvelée.

Dans ce contexte difficile et mouvant, les entreprises publiques locales (EPL) font la preuve de leur vitalité et de leur pertinence. Aux réponses nées de partenariats public-privé portées depuis 80 ans par les sociétés d'économie mixte (Sem) sont récemment venues s'ajouter celles des sociétés publiques locales (SPL et SPLA), qui inaugurent de nouveaux schémas de collaboration entre collectivités locales et offrent de nouveaux outils de gestion des services publics locaux. Avec cet élargissement de leur gamme, les EPL offrent aux élus locaux le cadre souple et réactif de l'entreprise, une maîtrise directe et des valeurs liées à l'intérêt général. Les atouts du privé mariés aux valeurs du public !

En plein renouveau, le mouvement de l'économie mixte compte 1073 entreprises actives dans 40 secteurs au cœur de notre quotidien : aménagement, immobilier, transports, tourisme, environnement, développement économique... Plus de 500 filiales, prises de participations et groupements d'intérêt économique démultiplient la nature comme la géométrie des solutions que ce réseau propose aux collectivités locales.

Anticipation, innovation, mutualisation..., les EPL sont armées pour moderniser la gestion des services publics locaux. Elles auront l'occasion d'en faire la démonstration les 19 et 20 octobre prochains lors de leur Congrès national à Tours. Les développements à venir, rédigés par les plumes expertes du Cabinet Seban, permettront de mieux appréhender le fonctionnement, les atouts et les particularités des EPL. Toute l'équipe de la Fédération des EPL est à votre disposition pour accompagner vos projets.

Martial PASSI

maire de Givors

conseiller général du Rhône

président de la Fédération des EPL

Entreprises publiques locales : une gamme et des valeurs

Trois statuts complémentaires composent la famille des Entreprises publiques locales (EPL) : les Sociétés d'économie mixte (Sem), les plus nombreuses et les plus anciennes des EPL, les Sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), opérateurs de développement urbain initiés en 2006, et les Sociétés publiques locales (SPL), créées en mai 2010, très proches des SPLA, mais aux compétences plus larges.

Chaque composante de la gamme EPL dispose d'un positionnement propre, soit autant d'options offertes aux élus locaux pour concrétiser leurs projets et gérer des équipements ou des services publics locaux. Les Sem interviennent dans un champ concurrentiel et reposent sur un partenariat entre collectivités locales et acteurs privés, alors que les SPL et les SPLA associent uniquement des collectivités locales, avec lesquelles elles peuvent travailler directement. Les SPL et les SPLA sont des opérateurs internes qui interviennent pour

leurs seuls actionnaires publics, sur leurs territoires, tandis que les Sem sont polyvalentes - près de 40 métiers au total - et disposent d'une liberté d'action plus large.

Les dénominateurs communs aux 1073 EPL ne manquent pas. SEM, SPL et SPLA sont toutes des sociétés anonymes au fonctionnement régi, pour l'essentiel, par le Code de commerce. Leur comptabilité et leur personnel relèvent du droit privé. De par la dimension majoritairement ou exclusivement publique de leur capital, elles proposent aux collectivités locales une maîtrise directe, une vision à long terme et une prise en compte des enjeux d'intérêt général. Les EPL sont, en outre, ancrées dans les territoires et accordent une priorité aux acteurs locaux, dans une logique de développement durable. Elles affichent donc une capacité à conjuguer atouts de l'entreprise et valeurs du public, performance et solidarité. Leur credo commun : servir le public.

I. Études

Étude 1 : Les organes de gestion et direction des entreprises publiques locales

Claire-Marie DUBOIS

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Les sociétés d'économie mixte locale, les sociétés publiques locales et les sociétés publiques locales d'aménagement sont des sociétés anonymes de droit privé dont le capital est détenu soit majoritairement (SEML), soit intégralement par des actionnaires publics (SPL). Ces sociétés obéissent, en raison de la diversité de leurs actionnaires à un régime juridique que l'on peut qualifier de « mixte ». En effet, elles relèvent à la fois du régime du droit des sociétés anonymes institué par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, mais aussi de certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. L.1531-1 et L.1522-1) et du Code de l'urbanisme. Empruntant au droit des sociétés anonymes, les EPL peuvent ainsi opter pour une gouvernance de type moniste, savoir les SA à conseil d'administration ou de type dualiste, savoir les SA à conseil de surveillance et directeur. S'agissant du statut des membres des organes de gestion et de direction, celui-ci sera déterminé en fonction de l'actionnaire qu'ils représentent. En effet, une dichotomie doit être opérée entre les membres représentants des personnes autres que les collectivités territoriales et leurs groupements (dans les SEML) et les représentants des collectivités territoriales et leurs groupements.

1. Les membres des organes de direction et de gestion représentant les actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements

Les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance représentant les actionnaires autres que les collectivités et leurs groupements sont soumis au droit des sociétés anonymes. Ainsi, les administrateurs et membres du conseil de surveillance sont désignés par l'assemblée générale ordinaire de la société, leur nombre est compris entre 3 et 18 et peuvent être soit, des personnes physiques, titulaires personnellement d'actions, soit des personnes morales. Dans ce dernier cas, la personne morale devra désigner un représentant permanent, personne physique, de la société en qualité d'administrateur ou membre du conseil de surveillance et ce dernier ne fera qu'agir au nom et pour le compte de la personne morale représentée. Lors de leur nomination, plus d'un tiers des administrateurs ou membres du conseil de surveillance ne doivent pas être âgés légalement de plus de 70 ans pour les premiers, et 65 ans pour les seconds. Toute nomination qui enfreindrait cette règle serait nulle (CCommerces, art.

L.225-19). Toutefois, les statuts peuvent déroger à cette limite d'âge. Cependant, si en cours de mandat les administrateurs ou membres du conseil de surveillance atteignent la limite d'âge statutaire, le plus âgé est considéré comme démissionnaire d'office. Par ailleurs, si les premiers administrateurs et membres du conseil de surveillance sont désignés pour trois ans dans les statuts, leur mandat ne peut excéder en cours de vie sociale six ans et prend fin notamment par la démission et par la révocation ad nutum. La rémunération est déterminée par l'assemblée générale des actionnaires. Il appartient ensuite au Conseil de surveillance et/ou au Conseil d'administration de déterminer les modalités de répartition sous forme de jetons de présence. Aux jetons de présence peuvent s'ajouter des rémunérations, dites exceptionnelles, liées à des missions, là aussi exceptionnelles. Les administrateurs et membres du conseil de surveillance représentants des personnes autres que les collectivités territoriales et leurs groupements obéissent au régime de responsabilité de droit commun. Ainsi, les dirigeants sont responsables de leur propre faute tant envers la société qu'envers les tiers.

À côté de ce régime qualifié de droit commun, coexiste un régime dit dérogatoire qui va s'appliquer aux administrateurs et membres du conseil de surveillance représentant des collectivités territoriales et leurs groupements.

2. Les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance représentants les actionnaires de collectivités territoriales et leurs groupements

La spécificité du régime des administrateurs ou membres du conseil de surveillance représentant des collectivités territoriales et leurs groupements tient à la qualité du mandataire désigné qui est un élu. Ainsi, les administrateurs, tout comme les membres du conseil de surveillance, sont désignés par les assemblées délibérantes des collectivités ou groupements auxquels ils appartiennent. Ils n'ont pas à poser à titre personnel des actions de la société dans la mesure où c'est la collectivité territoriale qui est administrateur ou membre du conseil de surveillance. En revanche, ils doivent, en leur qualité de mandataire, rendre des comptes à la collectivité ou aux groupements dont ils sont issus, au moins une fois par an. En effet, une collectivité territoriale actionnaire d'une EPL peut être présidente du conseil d'administration, administrateur, membre ou président du conseil de surveillance ou même président-directeur général. Cette possibilité de désigner une personne morale pour occuper la fonction de président du conseil d'administration est une dérogation importante au droit des sociétés qui impose que le président du conseil d'administration soit, à peine de nul-

lité, une personne physique. En revanche, l'interdiction faite aux personnes morales, présentes au conseil de surveillance, d'être représentées au directoire demeure.

S'agissant de l'âge des représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements, celui-ci est dérogatoire au droit commun dans la mesure où, lorsque ces derniers atteignent soit la limite d'âge légale soit la limite d'âge statutaire, ils ne sont pas considérés comme démissionnaires d'office (CGCT, art. L.1524-5). Le régime de la rémunération est également dérogatoire dans la mesure où son allocation est subordonnée à la condition que soit prise une délibération expresse et préalable de l'assemblée de la collectivité ou du groupement dont ils sont issus (CGCT, art. L.1524-5). Cette délibération fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions exercées. Au surplus, l'ensemble de l'indemnité allouée aux élus au titre de leur mandat d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance et de leur mandat électif cumulé ne doit pas dépasser le maximum légal autorisé soit, une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire.

Enfin, le régime de la responsabilité est là encore dérogatoire au droit commun. Ainsi que nous l'avons vu, seule la collectivité ou le groupement a la qualité d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance. Dans ces conditions, la responsabilité des élus incombe soit à la collectivité territoriale soit au groupement dont ils sont les mandataires. Lorsque l'élu est désigné par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales et aux groupements membres de cette assemblée. Enfin, s'agissant de leur responsabilité pénale, à l'instar de tout dirigeant, celle-ci peut être recherchée, le cas échéant, concurremment à celle de la personne morale au titre d'un acte accompli dans le cadre de leur fonction, à savoir: les infractions relevant du droit commun, tel qu'abus de confiance, escroquerie, faux et usage de faux, ou les infractions relevant du droit pénal des sociétés (abus de bien social), du droit pénal comptable (délit de présentation de comptes inexacts), du droit pénal du travail (harcèlement) ou encore du droit pénal de l'environnement.

À cela s'ajoutent des risques pénaux spécifiques liés au cumul de qualité d'administrateur ou de membres du conseil de surveillance et de celle d'élu ou d'agent public. En effet, outre le délit de favoritisme, le cumul des fonctions d'élu et de dirigeant renvoie plus directement à la prise illégale d'intérêt punie par l'article 432-12 du Code pénal d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Nombre des infractions précitées peuvent donner lieu, à titre de peine complémentaire, à des mesures d'interdiction de gérer ou de privation des droits civiques civils, et de familles, pouvant entraîner une radiation de la fonction publique.

Quelle que soit la qualité de l'actionnaire représenté, la nomination ainsi que la cessation des fonctions des dirigeants sociaux doivent faire l'objet d'une mesure de publicité dans un journal d'annonces légales ainsi qu'auprès du greffe du tribunal de commerce du lieu d'établissement du siège social de la société.

Étude 2: L'entreprise publique locale, une entreprise comme les autres ?

Claire-Marie DUBOIS

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Les EPL, à savoir les SEML en vertu de l'article L.1522-1 du Code général des collectivités territoriales, les SPL en application de l'article L.1531-1 du Code Général des collectivités territoriales et les SPLA en application de l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme, sont des sociétés anonymes régies par le livre II du Code de commerce. Ce sont donc des sociétés commerciales à part entière puisque les sociétés anonymes sont toujours commerciales quel que soit leur objet (C. commerce, art. L.210-1 al. 2). En leur qualité de société anonyme, les EPL répondent aux règles du droit des sociétés et, partant, doivent avoir une autonomie financière et tenir une comptabilité.

1. Le capital des EPL

Le capital des EPL est divisé en actions qui sont librement cessibles dans la limite des obligations de détention capitalistique (100% de capitaux doivent être publics au sein des SPL et des SPLA, et entre 50% et 85% au sein des SEM).

Les apports peuvent être effectués soit en numéraire, soit en nature. Les apports en industrie sont exclus car ils ne peuvent pas être représentés par des actions (C. commerce, art. L.225-3 al. 4).

S'agissant des apports en numéraire, l'ancien article 1833 alinéa 2 du Code civil les définissaient comme le fait d'apporter de « l'argent ». Cette expression n'a pas été reprise par le nouvel article 1843-3 du Code civil qui parle de « somme ».

Les apports en nature sont eux constitués par des biens autres que numéraires. Parmi les plus fréquents, on peut citer les immeubles, les marques, les brevets, les voitures. En tout état de cause, il doit s'agir de biens cessibles. Les apports en nature sont réalisables sous trois formes: soit en propriété, soit en jouissance, soit en usufruit. En cas d'apport en nature, il est parfois conclu entre les apporteurs et les autres souscripteurs un traité d'apport réglant les modalités de l'apport.

La loi prévoit l'intervention d'un commissaire aux apports. Celui-ci est chargé d'établir un rapport sur l'évaluation des apports en nature (C. commerce, art. L.225-14). Pour chaque apport, le commissaire doit indiquer le mode d'évaluation et les raisons pour lesquelles ce mode a été retenu. Il doit également affirmer que la valeur des apports correspond au moins au montant du capital qu'ils représentent. Le commissaire aux apports est nommé par le Président du tribunal de commerce statuant sur requête. Il est choisi parmi les commissaires aux comptes ou parmi les experts inscrits sur des listes établies par les cours et les tribunaux.

Le capital minimum des EPL est fixé à 37000 euros, tout comme pour les SA. Toutefois, ce capital minimum est porté à 225000 euros pour celles qui ont pour objet la construction d'immeuble d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, et à 150000 euros pour celles ayant dans leur objet l'aménagement. Dans tous les cas, comme dans toute entreprise, le capital social doit être suffisant par rapport au projet confié par les actionnaires. L'EPL ne doit pas être sous-capitalisée. C'est la raison pour laquelle il est recommandé, avant de créer une EPL, de procéder comme pour les autres créations de société commerciale à une étude comptable et fiscale afin que le capital souscrit corresponde aux besoins de la société.

Les EPL sont des sociétés comme les autres et leur capital peut ainsi à tout moment faire l'objet d'une augmentation. C'est l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente pour en décider (C. commerce, art. L.225-29). L'assemblée décide ainsi de l'augmentation, après avoir pris connaissance du rapport du conseil d'administration ou du directoire. Toutefois, l'assemblée peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire sa compétence.

Elle doit alors fixer elle-même le plafond global de l'augmentation et la durée de sa délégation, qui ne peut excéder vingt-six mois (C. commerce, art. L.225-129-2, al. 1). Le capital social peut être ainsi augmenté soit par émission d'actions, soit par majoration du montant nominal de ces titres de capital existants.

En cas de suppression du droit préférentiel de souscription, un rapport du commissaire aux comptes est également nécessaire (C. commerce, art. L.225-135).

La décision d'augmentation du capital doit faire l'objet d'une mesure de publicité. Ainsi le procès-verbal de l'assemblée doit être déposé en deux exemplaires au greffe du tribunal de commerce dans le délai d'un mois à compter de la date de l'assemblée (C. commerce, art. R.123-107).

En outre, et en vue d'améliorer la trésorerie de la société, les actionnaires des EPL peuvent faire des apports en compte courant. Cependant, ceux-ci sont beaucoup plus encadrés qu'en droit commun des sociétés. En effet, ces apports doivent non seulement faire l'objet d'une convention expresse entre la société et l'actionnaire apporteur mais, cet apport ne peut être accordé que pour 2 ans, renouvelable une fois et sans que l'EPL puisse bénéficier d'une nouvelle avance avant que la première n'ait été remboursée ou transformée en augmentation de capital (CGCT, art. L.1522-4 et L.1522-5).

2. Les obligations comptables des EPL

Comme toute société commerciale, les EPL doivent établir des comptes annuels (bilan, et compte de résultat - C. commerce, art. L.123-12). En leur qualité de société anonyme, les EPL sont en effet tenues d'avoir au moins un commissaire aux comptes afin de certifier les comptes et d'établir le rapport général d'activités destiné aux associés (C. commerce,

art. L.225-218). Les commissaires aux comptes doivent être désignés lors de la constitution de la société dans les statuts. En cours de vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire.

Comme pour toutes les sociétés anonymes, les EPL doivent réunir au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture, une assemblée générale ordinaire. En effet, les assemblées générales ordinaires ont une compétence exclusive en matière d'approbation annuelle des comptes et, le cas échéant, des comptes consolidés (C. commerce, art. L.225-100). Toutefois, le président du tribunal de commerce statuant sur requête du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, peut ordonner la prolongation de ce délai de six mois. Le conseil d'administration ou le directoire ne peut pas se substituer à l'autorité judiciaire pour prolonger ce délai. L'obligation de respecter le délai de six mois ne s'applique qu'à la première assemblée, lorsque le quorum n'a pas été atteint. Ainsi, sur première convocation, un cinquième des actions ayant le droit de vote doit être réuni par les actionnaires présents ou représentés. Cette obligation ne joue plus lors de la seconde convocation. Par ailleurs, la prolongation du délai de six mois prévu pour la réunion de l'assemblée annuelle doit être sollicitée avant que six mois aient couru depuis la clôture de l'exercice.

À défaut de réunion dans le délai prescrit, la loi ne prévoit pas de sanction civile. Ainsi, une assemblée tenue après l'expiration du délai de six mois reste valable. En revanche, des sanctions pénales sont prévues par le législateur. Ainsi, l'article L.242-10 du Code de commerce punit d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9000 euros au plus le président ou les administrateurs qui n'auront pas réuni l'assemblée générale ordinaire dans le délai de six mois de la clôture de l'exercice ou en cas de prolongation dans le délai imparti par l'autorité judiciaire.

Étude 3 : Les SPL et les compétences locales à l'issue de la loi de réforme des collectivités territoriales

Solenne DAUCÉ
avocat à la Cour, SCP Seban et associés

La loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales devrait, au regard des évolutions tant en matière d'intercommunalité à fiscalité propre (I) que de compétences des départements et des régions (II), conduire à modifier le champ d'intervention des collectivités territoriales. L'impact de ces modifications sur la création des sociétés publiques locales (SPL) doit donc être mesuré, la création de telles structures par les collectivités territoriales et leurs groupements étant autorisée, en application de l'article L.1531-1 du CGCT, « dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi ».

1. Achèvement de la carte intercommunale et création d'une SPL commune/communauté

La loi du 16 décembre 2010 impose, sur l'ensemble du territoire français, à l'exception de Paris et de sa petite couronne – soit les départements 92, 93 et 94 – l'achèvement de la carte intercommunale. Autrement dit, le texte en cause contraint les communes à adhérer à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, (communauté ou métropole). Or, l'intégration par les communes de telles structures intercommunales implique le transfert de compétences, pour certaines d'entre elles de manière obligatoire. Comment, dans ces circonstances, envisage-t-on la création d'une SPL entre un EPCI et une de ses communes membres ?

À titre liminaire, on rappellera qu'un EPCI est parfaitement susceptible d'être membre fondateur d'une SPL : il s'agit bien d'un « groupement de collectivités », au sens de l'article L.5211-1 du CGCT (« Forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L.5711-1 et L.5721-8, les pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales »).

Ce point énoncé, il faut néanmoins noter que cet EPCI, tout comme la commune membre qui l'accompagnerait dans la démarche, procède à cette création « dans le cadre des compétences qui [lui] sont attribuées ». Cette condition légale n'est en réalité guère surprenante et ne fait que reprendre un principe traditionnel de toute intervention publique locale suivant lequel une collectivité ou un établissement public n'a vocation à intervenir dans un domaine donné qu'à la condition de disposer de la compétence correspondante. Aussi, même si la participation à une société n'est pas considérée comme un transfert de compétence, il convient néanmoins que la personne publique actionnaire puisse légalement fonder son intervention sur une attribution dont elle dispose.

L'interprétation de cette condition formulée dans une circulaire du 29 avril 2011 peut sembler en revanche quelque peu incomplète : à la suivre, en effet, « la création d'une SPL ou d'une SPLA entre un EPCI et ses communes membres est possible dès lors que l'objet social se rapporte à une compétence partagée (cf. notion d'intérêt communautaire). À l'inverse, en cas de transfert intégral d'une compétence à un EPCI, il ne peut être constitué une SPL ou une SPLA entre l'EPCI et ses communes membres sur ce champ de compétence » [circ. n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)].

Bien entendu, en application de la règle du fondement légal à toute intervention publique locale, qui se décline en intercommunalité en principe de spécialité d'exclusivité, une

commune n'est pas autorisée à intervenir dans un domaine qu'elle a totalement transféré à l'EPCI auquel elle appartient (CE 16 oct. 1970, Cne Saint-Vallier); la circulaire ne saurait donc être contestée à cet égard.

Pour autant, elle semble omettre une hypothèse importante, celle dans laquelle l'objet statutaire de la SPL impliquerait la mise en œuvre de plusieurs compétences, dont certaines demeureraient, le cas échéant, exercées par les communes adhérentes d'un EPCI. Ainsi il semble parfaitement envisageable que le champ d'intervention d'une SPL puisse recouvrir plusieurs domaines de compétence, tout en conservant une certaine homogénéité statutaire. En effet, sans même considérer comme possible l'hypothèse d'un objet statutaire multiple et disparate dans lequel chaque compétence statutaire correspondrait à une compétence d'un des actionnaires rien n'interdit à une SPL, au sein de l'article L.1531-1 précité, d'avoir un objet social qui dépasse une stricte compétence légale ou statutaire d'une communauté ou d'une métropole; cet article vise plus largement la possibilité de « 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 ».

De sorte que les interventions dans un champ de compétence « partagé » ne constitueraient pas les seules hypothèses de création d'une SPL entre un EPCI et ses membres. À titre d'illustration, à suivre l'interprétation donnée par la circulaire, une SPL dont l'objet statutaire toucherait au développement économique ne pourrait être créée à la fois par une communauté urbaine ou une métropole d'une part et une de ses communes membres d'autre part. En effet, dans ces types d'EPCI, la compétence en matière de développement économique n'est pas, contrairement aux communautés de communes et aux communautés d'agglomération soumise à définition de l'intérêt communautaire. Or la définition de l'intérêt communautaire permet d'établir une frontière entre ce qui, dans une même compétence, demeure communal et ce qui, au contraire, est conféré à l'intercommunalité. L'absence de référence à cet intérêt communautaire, et donc à l'existence d'une compétence partagée, exclurait, toujours à suivre la circulaire, l'intervention conjointe commune/EPCI. Toutefois, il est parfaitement envisageable que le développement économique ne constitue pas le seul domaine de compétence induit par l'objet statutaire qui peut, dans le même temps, comprendre des problématiques autres, d'aménagement de l'espace par exemple, demeurées pour leur part dans le giron de la commune.

Pour se convaincre de l'existence possible d'une imbrication de compétences pour une même action, un exemple évoqué lors des discussions sur le projet de loi de réforme des collectivités peut encore être évoqué : la mise en place de navettes entre le centre-ville d'une commune et un monument situé à la périphérie est susceptible de relever du domaine du transport, mais aussi de la culture et du tourisme, trois com-

pétences qui ne sont pas nécessairement toutes exercées par la même personne publique. Il est alors envisageable que, sur le territoire concerné, une communauté d'agglomération soit compétente en matière de transports, tandis que ses communes membres auront conservé leur compétence en matière de gestion des équipements culturels et touristiques. En somme, si les transferts de compétences liées à l'intégration de communautés ou métropole doivent conduire à une certaine vigilance dans les objets statutaires possibles, la création par un EPCI et ses communes membres d'une SPL doit pouvoir dépasser le cadre de l'exercice d'une compétence «partagée».

2. Disparition de la clause générale de compétence et participation des régions et départements à une SPL

Parmi les dispositifs les plus discutés de la loi de réforme des collectivités, figure celui relatif à la disparition de la «clause générale de compétence» des départements et des régions. Ainsi l'article 73 de la loi prévoit-il que les départements et régions ne seront autorisés à intervenir, à compter du 1^{er} janvier 2015, que dans «les domaines de compétence que la loi [leur] attribue». La règle comporte toutefois quelques atténuations.

En premier lieu, les départements et régions pourront toujours intervenir dans des domaines de compétences dits «partagés», la loi mentionnant sous ce vocable le tourisme, la culture et le sport (modification des articles L.3211-1, L.4221-1, L.4433-1 et L.1111-4 du CGCT).

En second lieu, si un département ou une région ne pourra, pas plus qu'une commune d'ailleurs, intervenir dans une matière exclusivement attribuée à une autre collectivité territoriale, il ou elle pourra néanmoins se saisir, par délibération spécialement motivée, de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'aura donné compétence à aucune autre personne publique (mêmes textes).

Dans ces conditions, la portée de la disparition de la clause générale de compétence peut sembler plus limitée que ce qu'une première analyse aurait laissé penser, y compris dans son incidence sur la participation d'un département ou d'une région à une SPL. Car si les textes affirment désormais expressément l'interdiction pour ces collectivités d'intervenir dans un domaine conféré à une autre collectivité, il s'agit là de la reformulation d'un principe d'exclusivité, lequel peut être considéré comme d'ores et déjà applicable, même s'il n'a pas toujours été respecté en pratique.

Par conséquent, le rappel explicite de cette règle de non-intervention dans les domaines réservés des autres collectivités devrait surtout conduire à une vigilance accrue des services préfectoraux sur la pertinence – et même la légalité – de l'intervention d'un département ou d'une région selon l'objet statutaire identifié. En outre, au-delà des compétences partagées citées par la loi de réforme, d'autres matières seraient susceptibles de conduire à une intervention conjointe

des différentes catégories de collectivités (la protection de l'environnement par exemple).

Enfin, plus largement, la règle précédemment énoncée pour les SPL entre EPCI et communes membres doit aussi valoir pour les SPL entre communes et départements et/ou régions: un même objet statutaire peut conduire à l'exercice de plusieurs compétences, légalement attribuées à différentes catégories de personnes publiques.

Étude 4 : Avantages et inconvénients des SEM, SPL et SPLA

My-KimYANG-PAYA

avocat associé

Aliona STRATULA

élève avocat, SCP Seban et associés

Si les SEM, SPL et SPLA présentent des similitudes, plusieurs distinctions majeures permettent aux décideurs publics de choisir entre ces trois structures et ce, en fonction notamment du mode d'intervention souhaité, de l'objet social recherché, des fonds disponibles.

1. Pourquoi recourir à une SEM ?

Une liberté d'intervention

Le champ d'intervention des SEM est très large puisqu'elles peuvent être constituées en vue de réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général. La référence à l'intérêt général, défini par la jurisprudence administrative, ouvre ainsi un périmètre très large. Une SEM a donc vocation à agir dans l'intérêt de ses actionnaires collectivités et groupements. Cependant, l'avantage de ces sociétés est qu'elles peuvent intervenir pour leur propre compte et satisfaire leurs propres besoins.

Elles peuvent donc intervenir pour des personnes non-actionnaires, en dehors de toute relation contractuelle avec un actionnaire et dans le respect des règles de la commande publique.

Les SEM présentent ainsi le grand avantage de l'alliance des compétences et des fonds publics et privés, puisque l'obligation d'une détention minimale de 15% du capital par les actionnaires autres que les collectivités et leurs groupements incite à la coopération publique-privée. De plus, le Conseil d'État a récemment jugé que les SEM peuvent exercer des activités économiques sur un marché concurrentiel, pourvu que cette activité réponde à un intérêt général et ce, même s'il n'y a pas de carence de l'initiative privée (CE 5 juill. 2010, Syndicat national des agences de voyages, req. n°308564).

Une liberté de gestion soumise à des conditions

Les SEM peuvent prendre une participation minoritaire ou majoritaire dans le capital d'une autre SEM, d'une autre société commerciale ou d'une société civile immobilière, à condition que les objets sociaux soient complémentaires et sous réserve d'un accord exprès des collectivités et groupements actionnaires disposant d'un siège en propre au conseil d'administration (CGCT, art. L.1524-5 al. 15). Mais lorsqu'une SEM agit à la demande d'un pouvoir adjudicateur, son intervention est soumise à une mise en concurrence préalable. En effet, les collectivités et les groupements actionnaires ne pourront pas échapper aux contraintes des procédures de publicité et de mise en concurrence préalables des contrats publics qu'ils souhaitent confier à leurs SEM (marchés, délégations de services publics, concessions de travaux, concessions d'aménagement...).

2. L'alternative du recours à une SPL ou à une SPLA

Un champ d'intervention étendu

Depuis sa création par la loi du 28 mai 2010, la SPL a un champ de compétence très vaste, déterminé par l'article L.1531-1 du CGCT. Elle peut ainsi être chargée de 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. Parallèlement, depuis la même loi, les SPLA peuvent effectuer toute opération d'aménagement mais sont également compétentes pour réaliser des études préalables, procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L.221-1 et L.221-2 du Code de l'urbanisme, procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L.300-1, ou procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues au chapitre IV du titre Ier du livre II du présent code.

Mais l'atout majeur de ces structures consiste dans le fait qu'en vertu de la théorie des relations « in house », elles n'ont pas à être mises en concurrence par les collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires. Ainsi, dès lors que les actionnaires publics exercent sur leur société un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et que la société exerce l'essentiel de son activité pour ses actionnaires (ces deux conditions majeures ont été posées par la CJCE dans l'arrêt « Teckal » SRL, 18 novembre 1999, aff. C-107-98), les prestations qu'elle rend sont considérées comme étant intégrées et ne nécessitant pas l'application des règles de la commande publique. Ceci permet donc d'accélérer considérablement

la mise en place d'un projet particulier, en évitant les lourdeurs et la longueur d'une mise en concurrence préalablement l'attribution d'un contrat public, dès lors qu'elle ne présente pas un intérêt spécifique.

Par ailleurs, « 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 » (CGCT, art. L.1531-1 al. 3 sur les SPL et C. urb., art. L.327-1 al. 4 sur les SPLA). Selon la circulaire du ministre de l'Intérieur du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA, cela signifie que, contrairement aux SEM, les SPL et les SPLA ne peuvent pas intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non-actionnaires ou sur un territoire extérieur à celui de leurs actionnaires et ce, même si elles respectent les règles de la commande publique et même si l'intervention est faite à titre accessoire. Ainsi, le terme « exclusivement » utilisé par le CGCT et par le Code de l'Urbanisme, et qui a donné lieu à débats lors de l'adoption de la loi sur les SPL, trouve une application stricte. Enfin, contrairement aux SEM, elles ne peuvent pas agir pour leur propre compte puisqu'elles sont limitées à intervenir pour le compte de leurs actionnaires.

Une société commerciale dont certains pouvoirs sont limités

Si les SPL et les SPLA présentent une composition actionnariale à 100% publique qui les avantage sous l'angle des règles de la commande publique, elles bénéficient par ailleurs d'une dérogation au droit commun des sociétés anonymes en ce qu'elles sont composées d'au moins 2 actionnaires seulement, ce qui évite dans certains cas la recherche d'investisseurs publics supplémentaires intéressés.

En revanche, il s'agit de distinguer les SPL et les SPLA quant aux règles de répartition capitalistique entre leurs actionnaires. Si, dans la SPL, il n'existe pas de règles de détention capitalistique minimale, dans la SPLA, un des actionnaires publics doit détenir au moins la majorité des droits de vote. Quant à la possibilité de participer au capital d'une autre société commerciale, on pourrait déduire du renvoi effectué par les articles L.1531-1 du CGCT et par L.327-1 du Code de l'urbanisme aux dispositions applicables aux SEM, que les SEM et SPLA sont également autorisées à prendre des participations. Mais, pour la circulaire précitée du 29 avril 2011, cette possibilité est limitée. En effet, il est nécessaire que la société dans laquelle est prise la participation exerce une activité accessoire ou ayant un caractère complémentaire à l'activité de la SPL et que la prise de participation permette l'accomplissement des missions confiées à la SPL et à la SPLA. Par ailleurs, la société commerciale doit intervenir sur le seul territoire des actionnaires de la SPL.

Ainsi, si les trois outils permettent la mise en œuvre des politiques publiques locales, les acteurs publics choisiront de créer une SEM s'ils souhaitent s'allier les compétences pri-

vées, ou bien une SPL ou une SPLA s'ils souhaitent contracter directement avec une structure privée mais qu'ils contrôlent étroitement.

Étude 5 : La coopération entre entreprises publiques locales

Ghislain FOUCAULT

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

La coopération entre une SEM, une SPL et une SPLA peut prendre différentes formes selon le « degré d'intégration » souhaité. Il peut être envisagé que les sociétés coopèrent en se fournissant des prestations de services. Cette première modalité de coopération, qui constitue la modalité de coopération la plus souple (elle ne nécessite pas la création d'une structure ad hoc), se heurte cependant aux contraintes des règles de la commande publique et du régime propre des SPL/SPLA. Une deuxième modalité de coopération est de créer une structure dédiée en vue de la mutualisation de certaines activités. Enfin, une SEM, une SPL et une SPLA peuvent également créer une filiale commune.

1. Les prestations de services

Une SEM, une SPL ou une SPLA sont des pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 3 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, et sont donc soumises, pour la passation de leurs marchés, aux règles de la commande publique. Les prestations qu'elles pourraient se fournir entre elles devraient en conséquence être attribuées au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Certes, il pourrait être soutenu que si ces prestations sont remboursées « au prix coûtant », par la société bénéficiaire, elles ne constituent pas des contrats conclus « à titre onéreux » et n'ont donc pas à ce titre à être attribuées au terme d'une consultation publique.

Certaines réponses ministérielles, ainsi qu'un arrêt de la Cour de justice, vont en ce sens (CJCE 29 nov. 2007, Commission c/ République italienne, aff. C-119/06; rép. min. n°49308, JOAN 22 févr. 2005, p.1945 et rép. min. n°64174, JOAN 15 nov. 2005, p.10.577). Cependant, le tribunal administratif de Pau a rendu une solution inverse (TA Pau 14 oct. 2008, Préfet Pyrénées-Atlantiques c/Cne Ilharre, n°0800537; TA Pau 14 oct. 2008, Préfet Pyrénées-Atlantiques c/Communauté cnes Garazi-Baigorri, n°0800538).

En l'état de la jurisprudence, la fourniture mutuelle de prestations de services entre une SEM, une SPL ou une SPLA, en dehors d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, présenterait donc, dans tous les cas, un risque qui ne saurait être exclu au regard des règles de la commande publique.

Enfin, il ne peut être envisagé la réalisation de prestations par une SPL ou une SPLA au profit d'une autre SPL ou

SPLA ou encore d'une SEM dans la mesure où la SPL ou la SPLA ne peut exercer son activité exclusivement que pour le compte de ses actionnaires. En revanche, une SEM peut agir pour le compte d'une SPL ou SPLA ou encore d'une autre SEM.

2. La création d'une structure de coopération

Le choix de la structure de coopération

La création d'une structure de coopération par une SEM, une SPL ou une SPLA a pour objet de mutualiser des services communs aux différentes sociétés. Il s'agit généralement des activités dites « supports ». La gestion d'un service d'informations, la communication interne ou externe, le marketing client, la prospection foncière, la mise en œuvre de certifications, l'audit, le contrôle de gestion peuvent ainsi être mutualisés au sein d'une structure de coopération.

Le groupement d'intérêt économique (GIE) a été spécifiquement créé pour permettre à des sociétés de mutualiser leurs services. Aux termes de l'article L.251-1 du Code de commerce, l'objet de ce groupement est en effet de « faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. [...] Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

Dans la pratique, une structure de coopération peut également prendre la forme d'une association. La loi du 1^{er} juillet 1901 permet de confier à une association l'ensemble des activités qui peuvent être confiées à un GIE mais l'activité d'une association peut être plus étendue qu'un GIE. Contrairement à un GIE, l'activité d'une association n'a pas en effet à présenter un « caractère auxiliaire » par rapport à celle de ses membres. Pour autant, le GIE présente l'intérêt, contrairement à une association, de pouvoir disposer d'un capital (C. commerce, art. L.251-3), ce qui peut lui permettre de mobiliser des financements lorsque des activités plus lourdes lui sont confiées, comme par exemple des activités de délégation ou d'assistance à maîtrise d'ouvrage.

Les règles de création et de fonctionnement

Les modalités de création d'un GIE ou d'une association sont relativement souples. Elles supposent dans les deux cas la rédaction de statuts. Le GIE jouit de la personnalité morale à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés et de l'accomplissement des mesures de publicité légales, tandis que l'association jouira de la personnalité morale à compter de la déclaration préalable en préfecture. Les fondateurs d'un GIE ou d'une association sont en outre libres en principe d'organiser les modes de gouvernance de cette structure. Pour respecter les contraintes liées à la théorie des relations « in house » ou théorie des relations de

quasi-régie (cf. infra), il est cependant préférable que la structure de coopération soit administrée par un organe collégial (conseil d'administration ou comité de direction) au sein duquel chaque société membre dispose du même nombre de représentants et de voix.

Un GIE ou une association peuvent enfin disposer d'un personnel propre ou d'un personnel mis à disposition. Si du personnel leur est mis à disposition par leurs sociétés membres, il convient cependant de s'assurer que cette mise à disposition respecte les conditions posées par le code de travail et qu'elle ne tombe pas notamment dans le champ d'application du délit de prêt de main-d'œuvre illicite (C. travail, art. L.8241-1).

Une association ou un GIE fournissent, dans la quasi-totalité des cas, des prestations de services à leurs membres. C'est l'objet même de ces structures de coopération. Ces prestations devraient donc en principe être attribuées au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, les SEM et SPL étant des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. L'application des règles de la commande publique viderait cependant de son intérêt la création de ces structures.

Afin d'éviter que ces règles ne trouvent à s'appliquer, il convient en conséquence de s'assurer lors de la création d'un GIE ou d'une association que la théorie des relations in house pourra leur être appliquée. Cette théorie qui constitue une dérogation aux règles de la commande publique impose la réunion de trois conditions. Chaque société membre doit exercer sur la structure « un contrôle comparable » à celui qu'elle exerce sur ses propres services et doit en outre réaliser « l'essentiel de son activité » au bénéfice de ses membres. Enfin, elle doit respecter pour la passation de ses propres marchés les règles de la commande publique (Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, art. 23).

3.- La filialisation

Le dernier mode de coopération envisageable est celui qui est le plus intégré. Cette modalité de coopération s'inspire généralement des logiques animant les groupes de sociétés. Une SEM, une SPL ou une SPLA pourraient ainsi créer une filiale commune en vue procéder à la spécialisation de leurs activités ou en vue de consolider des partenariats, en intégrant leurs partenaires au sein du capital de la filiale. La possibilité pour les SPL et les SPLA de prendre des participations dans une filiale est cependant très encadrée. La filiale dans laquelle la SPL ou la SPLA prend une participation doit exercer une activité accessoire ou ayant un caractère complémentaire à l'activité de la SPL ou la SPLA, cette prise de participation devant en outre permettre l'accomplissement des missions confiées à la SPL et à la SPLA.

Étude 6 : Comparaison avec les nouveaux outils juridiques GIP et SCIC

My-Kim YANG-PAYA

avocat associé

Aliona STRATULA

élève avocat, SCP Seban et associés

Le principe général posé par le Code général des collectivités territoriales est l'interdiction pour les collectivités de participer au capital des sociétés commerciales. Quelques exceptions cependant sont nées: les SEM (sociétés d'économie mixte) ont été les premières et, plus récemment, ont été créées les SCIC (sociétés coopératives d'intérêt collectif) et les SPL (sociétés publiques locales). À côté de ces acteurs privés, le GIP (groupement d'intérêt public), se présente comme une structure plus souple, permettant aussi la coopération des personnes morales publiques et privées.

1. La SCIC : un outil adapté au développement des politiques publiques locales

La loi n°2001-624 du 17 juillet 2001 portant création des SCIC a ouvert de nouvelles perspectives partenariales pour les collectivités territoriales. Ce sont des sociétés commerciales qui peuvent se constituer sous forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée et qui offrent, aux côtés d'une comptabilité privée, une gestion encadrée et une répartition des pouvoirs organisée.

Si, pour la SCIC-SARL, il n'y a pas de capital minimal, pour la SCIC-SA, le capital minimum est de 18500 euros. Par ailleurs, la création de la SCIC présente une certaine lourdeur dans la mesure où elle exige l'obtention d'un agrément préfectoral dans le département de son siège.

La SCIC présente trois caractéristiques principales. Tout d'abord, la SCIC est caractérisée par le multi sociétariat. En effet, elle peut être constituée de trois à cinq catégories d'associés: les salariés de la coopérative, ses consommateurs, toute personne physique souhaitant participer à son activité, toute personne physique ou morale contribuant à l'activité de la coopérative et enfin, les collectivités territoriales. Mais la participation de ces dernières au capital d'une SCIC est limitée à 20%.

Cette limitation est toutefois contrebalancée par ce qui constitue la seconde caractéristique majeure de la SCIC: c'est une structure « démocratique » où chaque associé, quelle que soit sa part dans le capital, dispose d'une voix aux assemblées générales. Ce principe visant à décorréliser la détention capitalistique des droits de vote peut être aménagé, puisque l'assemblée générale peut contenir trois ou plusieurs collèges disposant chacun entre 10% et 50% des droits de vote et au sein desquels, chaque associé détient une voix.

Enfin, il est nécessaire de souligner que, en plus présenter un caractère non lucratif (à leur départ, les associés n'ont droit qu'au remboursement de leur apport en capital), la SCIC est particulièrement adaptée au développement des politiques publiques locales, puisqu'elle a pour « objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale » (loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies, alinéa 2). La SCIC pourrait ainsi intervenir dans tout secteur socio-économique tel que l'éducation, la culture, l'environnement, les énergies etc.

Il est ainsi possible d'effectuer un parallèle entre le régime de la SCIC et celui de la SEM, bien que le pouvoir au sein d'une SCIC ne soit pas organisé autour des collectivités publiques : elles ont toutes deux des perspectives similaires, la SEM et la SCIC offrant ainsi un cadre d'intervention adapté pour les collectivités, en leur permettant à la fois de limiter les risques juridiques et en leur offrant un cadre de gouvernance organisé.

2. Le GIP, un cadre légal pour la coopération des acteurs publics et privés

Depuis leur création légale en 1982 (loi n°82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique en France, art. 21), les groupements d'intérêt public (GIP) connaissent un succès croissant. Ces structures permettent de concilier souplesse de fonctionnement et vocation d'intérêt général à travers l'association de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics entre eux ou avec des personnes morales de droit privé. La création d'un tel outil de coopération vise à permettre à ces différents acteurs de mettre en commun des moyens afin de poursuivre des objectifs qu'ils ne pourraient pas atteindre individuellement.

La récente loi dite « Warsmann », de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (n°2011-525 du 17 mai 2011, applicable depuis le 19 mai 2011), a réformé le statut et le fonctionnement des GIP, en lui réservant pour la première fois un cadre légal général. Ainsi, le GIP est une personne morale de droit public créée par voie de convention (et non plus légale) et regroupant en son sein des personnes publiques et privées. En outre, il ne peut exercer des activités d'intérêt général à but non lucratif, tout comme les activités de la SCIC. La loi fixe enfin certaines mentions devant obligatoirement figurer dans la convention constitutive du groupement. Parmi celles-ci figurent notamment l'objet, qui peut être librement défini - sous condition toutefois que la finalité du groupement soit l'exercice d'« activités d'intérêt général à but non lucratif » -, ainsi que la durée du groupement, qui sera soit déterminée soit indéterminée au regard du respect du principe de continuité du service public dont pourra être chargé le GIP. Dans tous les cas désormais, après signature des représentants habilités de chacun des membres, l'État approuvera la convention constitutive ainsi que son renouvellement et

sa modification selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État.

On rappellera par ailleurs que le GIP peut, comme c'était déjà le cas avant la loi Warsmann, être constitué avec ou sans capital. Il doit en outre toujours être constitué d'au moins une personne morale de droit public et plus de la moitié du capital ou des voix doit être détenue par des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. Enfin, malgré sa nature de personne morale de droit public, l'assujettissement de principe des GIP à une comptabilité privée instaure une grande souplesse de fonctionnement, sauf si les statuts prévoient que la comptabilité sera publique et si le GIP est exclusivement constitué de personnes morales de droit public.

3. Les EPL : la solution SEM, SPL ou SPLA

Ayant la forme sociale d'une société commerciale, les EPL peuvent être comparées aux SCIC - sous statut de société anonyme comme de SARL - et aux GIP - exceptés les deux cas ci-dessus - dès lors que ces structures ont toutes une comptabilité privée. Si, par ailleurs, la participation des collectivités territoriales et leurs groupements dans les SCIC est limitée à 20%, celle-ci est entièrement publique dans les SPL et les SPLA et, seulement majoritaire dans les GIP comme dans les SEM. Celles-ci, qui ont été précurseurs en matière de partenariat institutionnel public-privé, ne permettent pas aux partenaires privés de détenir plus de 50% du capital mais 15% minimum. Les EPL peuvent présenter un avantage majeur dans la mesure où, même si leur objet vit des activités d'intérêt général, elles n'ont pas pour principe directeur l'absence de but lucratif. En effet, même si le premier objectif n'est pas l'obtention d'un profit, les bénéfices pourront être soit redistribués entre actionnaires soit réinvestis. On relèvera toutefois que, s'agissant des SEM, et contrairement aux SPL ainsi qu'aux GIP, les EPL et les SCIC doivent être mises en concurrence pour l'attribution d'un contrat même si elles soumissionnent à des consultations publiques lancées par leurs propres actionnaires. Enfin, les EPL présentent une souplesse importante en ce que leur création ne nécessite aucun accord public. Ces trois outils d'intervention permettent dans tous les cas de concilier l'intérêt public, l'intervention économique efficace et les nouvelles formes de coopération institutionnelle publique-privée. Il appartient ainsi aux collectivités de choisir la forme qui répond le mieux à leurs projets.

Étude 7 : Les entreprises publiques locales et leurs contrats

Thomas ROUYERAN

avocat associé

Simon AYRAULT

élève avocat, SCP Seban et associés

Pour réaliser les missions définies dans leur objet social, les sociétés d'économie mixte (SEM), sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), toutes trois entreprises publiques locales (EPL), passent deux grands types de contrats. Les premiers, les contrats « primaires », sont ceux qui sont passés entre l'EPL et une collectivité ou un groupement actionnaire qui entend lui confier une mission – on exclura ici les contrats passés par une EPL avec une personne non actionnaire. L'EPL agit alors comme un opérateur. Les seconds, les contrats « secondaires », sont ceux qui sont passés par l'EPL pour ses propres besoins : elle agit dès lors comme un donneur d'ordre et un maître d'ouvrage. Il est intéressant de rappeler ici l'état du droit applicable à ces différentes catégories de contrats dans un environnement juridique français et communautaire changeant et relativement complexe.

1. Les contrats « primaires » conclus avec les collectivités ou groupements actionnaires

L'EPL peut être le cocontractant d'une collectivité ou groupement qui agit comme pouvoir adjudicateur et entend conclure un marché public de prestations de services, une convention de mandat, une concession d'aménagement ou encore une délégation de service public.

Le principe est celui du respect des règles de transparence et de mise en concurrence afin d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats potentiels, ce qui implique de respecter les règles du Code des marchés publics pour la passation de marchés publics de services, fournitures ou travaux, l'application de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, mais aussi de la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement pour les concessions d'aménagement et bien sûr les dispositions de l'article L.1411-1 et suivants du CGCT pour ce qui est des délégations de service public.

Toutefois, il est possible de bénéficier du régime issu d'une construction par le juge communautaire des relations « in house » – ou relation intégrée ou encore de quasi-contrat -, qui constitue une exception à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables. Cette exception est introduite dans l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (art. 23), dans le

Code de l'urbanisme (art. L.300-5-2) ainsi dans le Code général des collectivités territoriales pour la passation d'une délégation de service public (art. L.1411-12 et L.1415-3).

Deux conditions doivent être remplies : le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et le cocontractant doit exercer l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur.

À la différence des SEM, les SPL et les SPLA, qui ont pour seuls actionnaires des collectivités ou des groupements de collectivités et qui ont vocation à agir exclusivement pour leur compte bénéficient ainsi de cette exception, à la condition bien sûr que leurs relations avec leurs actionnaires remplissent de manière effective ces deux conditions.

On rappellera enfin que tout contentieux lié à la passation de ces contrats ressortit de la compétence du juge administratif.

2. Les contrats « secondaires » pour les besoins propres des EPL

Les procédures de passation

Quand l'EPL est en position de donneur d'ordre ou de maître d'ouvrage, il n'y a en revanche plus de différence de principe entre les SEM, les SPL ou SPLA, dès lors qu'il n'est plus question de faire valoir un statut de quasi-régie. Au sens du droit communautaire, l'EPL quelle qu'elle soit est un maître d'ouvrage qualifié de pouvoir adjudicateur (Directive 2004/18/CE) ou d'entité adjudicatrice (Directive 2004/17/CE). Au sens du droit français, qu'elle agisse en qualité d'attributaire d'un marché, de délégataire de service public, de concessionnaire d'aménagement ou encore de concessionnaire de travaux, l'EPL entre dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs et doit choisir ses propres prestataires conformément aux procédures définies par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. Et quand bien même une SPL ou SPLA agirait-elle dans le cadre d'une quasi-régie, la condition pour qu'elle intervienne sans mise en concurrence préalable est d'être soumise pour ses propres besoins aux règles de passation des marchés prévues par l'ordonnance précitée. De manière spécifique par ailleurs, les EPL sont tenues de respecter les règles du code des marchés publics quand elles agissent dans le cadre d'un mandat, notamment un mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée conclu en application conformément à la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

La compétence juridictionnelle

Le fait de soumettre les contrats des EPL à l'ordonnance du 6 juin 2005 ne préjuge pas de la nature administrative ou non de ces contrats. Cette question est néanmoins d'importance

dès lors qu'elle conditionne le juge compétent pour connaître du contentieux de leur passation.

Le principe est que les marchés passés par les EPL, par nature sociétés de droit privé, sont de droit privé (T. confl., 3 mars 1969 « Interlait »). Toutefois, le contrat entre deux personnes privées peut être administratif, s'il a pour objet une mission qui appartient par nature à l'État (TC, 8 juill. 1963, « Sté Entreprise Peyrot ») ou si la personne privée agit dans le cadre d'un mandat (TC, 7 juillet 1975, « Cne Agde »). La grande majorité des contrats « secondaires » sera donc de droit privé, dont le contentieux sera soumis à la juridiction judiciaire. S'agissant des procédures en référé, l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique – qui a transposé la deuxième Directive « Recours » 2007/66/CE du 11 décembre 2007 -, a inséré un nouvel article L.211-14 dans le Code de l'organisation judiciaire relatif à la compétence des tribunaux de grande instance pour les procédures de référé précontractuel et contractuel des contrats privés de la commande publique. La procédure ainsi mise en place devant le juge judiciaire est semblable à celle existant devant le juge administratif et les moyens invocables sont ceux également relatifs à des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». De plus, la jurisprudence judiciaire se dirige s'agissant du référé précontractuel vers une lecture restrictive de l'intérêt à agir du requérant (Cass. com., 8 déc. 2009, Sté « Aéroport de Paris », pourvoi n°08-21714), comme cela était déjà le cas devant la juridiction administrative qui impose que le requérant justifie d'un manquant l'ayant lésé ou qui est susceptible de l'avoir lésé (CE 3 juill. 2008, req. n°305420, Smirgeones). S'agissant ensuite du référé contractuel, l'introduction d'un tel recours devant le juge judiciaire est une réelle innovation dès lors qu'il n'existait pas jusque-là de recours en contestation de la validité d'un contrat de droit privé pour les concurrents évincés. Mais la procédure reste très semblable à celle instaurée devant le juge administratif par les articles L551-13 et suivants du Code de justice administrative.

Étude 8 : Les 5 jurisprudences récentes les plus marquantes pour les SEM

Didier SEBAN

avocat associé, SCP Seban et associés

1. Les SEM et l'activité économique sur un champ concurrentiel

(CE, 5 juillet 2010)

Les faits

Une SEM est chargée dans le cadre d'une DSP par la ville de Reims de la gestion du contre des Congrès. Elle a demandé

au préfet de la Marne l'autorisation prévue alors pour les organismes locaux de tourisme bénéficiant du soutien des collectivités ou de leur groupement pour apporter leur concours à l'accueil des touristes. Le syndicat national des agences de voyage a demandé l'annulation de l'arrêté du préfet accordant cette autorisation en contestant l'intervention de la SEM dans un champ concurrentiel.

La solution

Le Conseil d'État rappelle le principe suivant lequel les personnes publiques lorsqu'elles entendent prendre en charge des activités économiques, qui sont indépendantes de leur mission de service public, doivent justifier d'un intérêt public. Cet intérêt public ne se réduit pas aux situations où l'on constate une carence de l'initiative privée. Les SEM peuvent donc exercer toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général. Cet intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée, mais cette carence ou cette insuffisance n'est pas une condition nécessaire à l'intervention d'une SEM. Selon le Conseil d'État, la fourniture de prestation touristique répond à une mission d'intérêt général en ce qu'elle permet de proposer une offre complémentaire aux congressistes et est de nature à contribuer au développement touristique et économique de la ville et de la région. Le Conseil d'État rappelle en outre que l'article L.1521-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « (...) lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires ».

Il considère en l'espèce que l'activité de prestations touristiques est un complément normal de son activité. Il vérifie enfin que la position de la SEM ne porte pas atteinte à la libre concurrence ou ne la place pas en position dominante sur le marché de la vente de prestations touristiques et écarte l'argument.

Les conséquences à en tirer

- Les SEM peuvent exercer toute activité économique sur un marché concurrentiel à condition de démontrer l'intérêt général attaché à cette activité.
- Les statuts de la SEM doivent être attentivement rédigés en ce qui concerne l'objet statutaire afin de mettre en valeur le caractère complémentaire des activités exercées.
- Une attention particulière doit être portée au respect du droit de la concurrence dans les activités menées dans le champ concurrentiel.

2. SEM et augmentation de capital

(CE, 10 novembre 2010)

Une collectivité territoriale peut souscrire à une augmentation de capital d'une SEM en payant une prime d'émission à

condition que cette prime soit fixée à une valeur correspondant à la situation de la SEM

Le cas d'espèce

Une SEM est créée avec pour objet de gérer la station de lagunage de la ville de Meze dans l'Hérault. Cette SEM étant en difficulté, il est décidé d'une augmentation de capital avec commission d'une prime d'émission. Le juge saisi d'un recours contre une délibération décidant la participation d'une collectivité territoriale à une opération de recapitalisation de la SEM va exercer un triple contrôle.

La solution

1/Cette délibération conduit-elle à un dépassement de plafond de 85% de participation au capital prévu par l'article L.1522-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT)?

2/Cette délibération n'est-elle pas entachée d'une erreur manifeste: pour le décider, le juge doit mettre en balance les chances de succès de l'opération de recapitalisation eu égard à la situation de la SEM et les capacités financières de la collectivité.

3/La prime d'émission est-elle fixée de manière excessive? L'article L.225-128 du Code de Commerce prévoit que: «les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré de la prime d'émission». Le principe rappelé par Madame Emmanuelle Cortot Boucher, rapporteur public, est que le prix d'émission soit égal ou très légèrement inférieur à la valeur vénale des titres. Le juge va donc vérifier si la prime d'émission a été fixée à un niveau reflétant la situation financière de la société. Sinon, il décidera qu'il s'agit d'une aide illégale car n'entrant pas dans les catégories de concours autorisés par le Code.

Les conséquences à en tirer

Il n'est pas impossible d'aider une SEM en difficulté, mais cette aide doit correspondre aux cas prévus par le CGCT (concours financier prévu à l'article L.1522-4, apport en compte courant prévu à l'article L.1522-5, subvention ou avance prévu à l'article L.1523-7).

3. Gestion d'une SEM et responsabilité financière des élus locaux devant la Cour de discipline budgétaire

(CDBF, 25 novembre 2010, SIEMP)

Les faits

Une SEM se voit confier par une convention d'aménagement la gestion de nombreux immeubles insalubres. À la suite d'un contrôle de la Chambre régionale des comptes, la Chambre de discipline budgétaire est saisie. On reproche en effet à cette SEM de ne pas avoir appliqué les règles issues du Code des

marchés publics dans ses relations contractuelles avec des sociétés de gardiennage.

La solution

La Cour de discipline budgétaire n'est pas compétente pour juger des élus à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Elle est compétente lorsqu'ils agissent hors de leurs fonctions électives, dans des fonctions qui ne sont pas l'accessoire obligé de leurs fonctions principales. C'est le cas lorsqu'ils sont administrateurs d'une SEM. Leur responsabilité n'est pas retenue car la SEM disposait de procédures d'achat et d'un dispositif de contrôle interne qui a permis de détecter les irrégularités et de les circonscrire dans le temps.

Les conséquences à en tirer

La mise en place de procédures d'achat et d'un contrôle interne est indispensable dans chaque SEM pour protéger les administrateurs et dirigeants de la SEM.

4. Un directeur de SEM n'est pas une personne chargée d'un service public au sens de la loi de 1881 sur la liberté de la presse

(Cass. crim, 1^{er} février 2011)

Les faits

Un directeur de SEM poursuit le directeur de publication d'un organe de presse qui accuse la SEM de percevoir des pots de vins pour diffamation en visant l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 qui réprime le délit de diffamation publique envers un citoyen chargé de service public.

La solution

La Cour de Cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui a débouté le directeur en retenant que la qualité de dépositaire ou de citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public au sens de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 n'est reconnue qu'à celui qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique. En conséquence, selon la Cour cette qualité doit être refusée à la SEM société de droit privé et à son directeur gestionnaire d'un service public, qui, s'ils accomplissent une mission d'intérêt général, n'exercent aucune prérogative de puissance publique.

Les conséquences à en tirer

Les procédures de la loi de 1881 et notamment la diffamation et l'injure relèvent d'un droit très technique et très protecteur de la liberté de la presse. Elles nécessitent donc un examen très minutieux par un avocat ex-

périmenté dans ce domaine au risque de perdre sur un choix procédural.

5. Convention d'aménagement et mandat

(CE 11 mars 2011, Communauté d'agglomération Grand Toulouse)

Les faits

Une société attaque une agglomération devant le juge administratif en considérant que la SEM agissant comme mandataire de l'agglomération, les contrats conclus par celle-ci devaient être regardés comme ayant été conclus au nom de la personne publique.

La solution

Le Conseil d'État juge qu'une convention d'aménagement ne peut être qualifiée de convention de mandat dès lors qu'elle n'a pour seul objet que la réalisation d'ouvrages devant être remis à la personne publique dès leur achèvement ou leur réception. Cette décision rappelle qu'agir pour le compte d'une personne publique n'implique pas obligatoirement l'existence d'un mandat pour agir au nom et pour le compte de cette dernière. La jurisprudence a retenu l'existence d'une convention de mandat lorsque les ouvrages doivent être remis à la personne publique dès leur achèvement ou leur réception. Dans le cas d'espèce, la SEM devait remettre certains bâtiments à la personne publique mais réalisait par ailleurs, comme c'est le cas le plus courant en convention d'aménagement, des bâtiments à usage privé destinés à la vente ou à la location au profit du concessionnaire. En l'absence d'action exclusive au profit de la personne publique, il ne pouvait donc s'agir d'un mandat. Les contrats signés par la SEM personne privée avec une entreprise de construction personne privée relevaient donc de la compétence du juge judiciaire.

Les conséquences à en tirer

Les contrats passés par les SEM sont en général des contrats de droit privé même s'ils sont signés après une mise en concurrence dans les formes prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005.

Étude 9 : Le contrôle analogue dans les sociétés publiques locales

Thomas ROUYERAN

avocat associé

Nathalie RICCI

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

La loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a créé, sur le modèle des sociétés

d'économie mixte (SEM) locales, les SPL, sociétés anonymes dont l'actionnariat est uniquement composé de collectivités territoriales et de groupements de collectivités. Le caractère exclusivement public de l'actionnariat de ces sociétés leur permet en particulier de bénéficier de la théorie des relations «in house» (ou relations intégrées ou encore de quasi-contrat). En vertu de cette théorie, les collectivités actionnaires de ces sociétés peuvent ainsi leur confier, par contrat, la réalisation d'opérations d'aménagement, de construction ou l'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial ou de toutes autres activités d'intérêt général, sans mise en concurrence.

Cette théorie des relations «in house» nécessite toutefois, pour pouvoir être mise en œuvre, la réunion de deux conditions cumulatives : la collectivité actionnaire de la SPL doit exercer sur cette société «un contrôle analogue à celui qu'[elle] exerce sur ses propres services» et cette société doit réaliser «l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent» (CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, point 50). D'emblée, on relèvera que la seconde de ces conditions sera, en principe, remplie en matière de SPL puisque le législateur a prévu, à l'article L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), que 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».

Concernant la condition relative au contrôle analogue, la jurisprudence communautaire a eu l'occasion de préciser les exigences afférentes à cette condition (I), exigences qui se traduisent, en pratique, par la mise en place de différents mécanismes permettant aux collectivités actionnaires d'une SPL d'exercer une «influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société» (II).

1. Le contrôle analogue dans la jurisprudence communautaire

La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) exclut tout d'abord l'application de la théorie des relations in house aux contrats conclus par les collectivités territoriales avec des sociétés dont le capital est détenu, en partie, par des actionnaires privés (CJCE 11 mai 2006, Carbotermo, aff. C-340/04).

Toutefois, un actionnariat exclusivement public – comme c'est le cas dans une SPL – ne suffit pas à faire jouer la théorie des relations «in house» : cette circonstance indique simplement l'existence d'un contrôle capitalistique au sens du droit des sociétés, et non pas forcément une autonomie décisionnelle. Dans son arrêt «Carbotermo» précité, la CJCE a en ce sens indiqué que la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul, ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicatrice tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur

exerce sur cette société un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services.

Pour que s'applique la théorie des relations «in house», le critère du contrôle capitalistique doit donc être conforté par d'autres éléments distincts de la seule détention du capital. Un tel contrôle doit, en effet, s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel fort, si bien qu'il doit s'agir «d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société» (CJUE 10 sept. 2009, Sea SARL c/ Commune Di Ponte Nossa, C-573/07). En pratique, les juges apprécient au cas par cas précisément l'«influence déterminante» dont disposent les collectivités actionnaires dans les SPL à la fois au sein des assemblées mais, également, au sein du conseil d'administration.

Par ailleurs, la CJCE a affirmé que, pour que le contrôle soit qualifié d'analogue, il «peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité» (CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07). Et récemment encore, la Cour de Justice a ajouté que la participation, même minoritaire, d'une personne publique à une société dont le capital est entièrement détenu par d'autres personnes publiques n'empêche pas la réalisation d'opérations in house (arrêt Sea SARL c/Commune Di Ponte Nossa, précité).

Ainsi, l'exercice du contrôle analogue se vérifie au cas par cas, en fonction d'un faisceau d'indices. Certaines précautions, permettant de justifier de l'effectivité du contrôle analogue conjoint par les actionnaires de la société, peuvent, à cet égard, être prises par les collectivités actionnaires des SPL lors de la création de ces sociétés.

2. Les mécanismes justifiant le contrôle analogue des actionnaires d'une SPL sur cette société

L'application du régime des relations «in house» est dérogatoire. Il appartient donc à ceux qui s'en prévalent d'apporter la preuve de la réunion des deux conditions requises, parmi lesquelles figure le contrôle analogue.

S'agissant précisément ce dernier, il faut noter que les techniques juridiques sophistiquées mises en œuvre en droit des sociétés peuvent opportunément être transposées dans la constitution des SPL afin de satisfaire à l'objectif d'une influence déterminante. Les créateurs d'une SPL devront ainsi intégrer, dans les statuts de la société ou dans les actes sociaux, non seulement les règles générales du droit des sociétés qui organisent l'autonomie décisionnelle de la société (prérogatives du conseil d'administration, des membres du directoire voire du conseil de surveillance) mais, également, celles qui permettent de donner naissance à un contrôle sur les décisions stratégiques et importantes de la société.

Au-delà des dispositifs prévus par la loi permettant aux collectivités actionnaires d'exercer un certain degré de contrôle sur les SPL (représentation au sein du conseil d'administration ou de surveillance telle que prévue par les disposi-

tions de l'article L.1524-1 du CGCT applicable aux SEM, rapport écrit soumis annuellement au conseil d'administration ou de surveillance, approbation de certaines modifications statutaires par les assemblées délibérantes des collectivités actionnaires également selon l'article L.1524-1 précité), plusieurs mécanismes peuvent être instaurés.

Il peut tout d'abord être opportun d'accompagner la création d'une SPL de la signature d'un pacte d'actionnaires qui ne pourrait être modifié qu'à l'unanimité, et dans le cadre duquel les collectivités s'engageraient sur la conservation d'un objet statutaire limité. Par ailleurs, peuvent être créés des comités de direction ou de décision; peuvent également être mises en œuvre des obligations renforcées d'information des actionnaires, voire de «reporting» auprès des collectivités. Dans tous les cas, l'ensemble des actionnaires, majoritaires comme minoritaires mais tous nécessairement publics, doivent participer à ce contrôle, dans le cadre d'une intervention conjointe.

En définitive, le caractère «in house» des relations des collectivités et groupements avec leurs SPL implique que l'ensemble des actionnaires de ces sociétés aient un contrôle effectif sur la société laquelle, peut dès lors se voir confier en retour, en l'absence de toute publicité et mise en concurrence préalable, la réalisation d'opérations d'aménagement, de construction ou l'exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Pour autant, la SPL ou la SPLA, qui a le statut d'une société commerciale, doit conserver son autonomie de gestion et ne constitue pas en cela un simple service d'une des collectivités ou d'un des groupements de collectivités actionnaire. Les représentants des collectivités et groupements actionnaires, présents au sein des assemblées et organes de gouvernance de la société, contrôleront les grandes orientations, les décisions stratégiques et les comptes de la société. Il n'appartient en revanche pas aux élus de la collectivité ou du groupement non-administrateurs, ainsi qu'aux services de la collectivité ou du groupement, de s'immiscer dans la vie de la société.

Étude 10 : Les entreprises publiques locales et l'énergie solaire photovoltaïque

Thomas ROUYEYRAN

avocat associé

Nathalie Ricci

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Dans un contexte marqué par l'épuisement et le renchérissement des énergies fossiles, le développement des énergies renouvelables, et en particulier de l'énergie solaire photovoltaïque, contribue à l'indépendance et à la sécurité de l'approvisionnement électrique, gages de l'effectivité du service public de l'électricité en France. À cet égard, la loi 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développe-

ment du service public de l'électricité, qui organise le service public de l'électricité en France, a prévu un dispositif propre à favoriser la production d'électricité à partir de l'énergie radiative du soleil: l'article 10 de cette loi, codifié à l'article L.314-1 du Code de l'énergie, impose à EDF ainsi qu'aux entreprises locales de distribution, une obligation d'achat au profit des producteurs d'électricité solaire, sur la base de tarifs réglementés. Ce mécanisme a été renforcé par l'engagement des 27 chefs d'État et de gouvernement de l'Union européenne de réduire de 20% la consommation d'énergie à l'horizon 2020 et d'augmenter à hauteur de 20% la part des énergies renouvelables dans l'ensemble des sources d'énergies. Dans le cadre de cette politique énergétique, les collectivités territoriales, productrices d'électricité solaire ou simples accompagnatrices de projets d'installations de production d'énergie photovoltaïque, ont un rôle déterminant à jouer. Les EPL peuvent à cet égard avoir un rôle majeur.

1. Les EPL, de véritables acteurs du développement de la filière photovoltaïque

Afin de conduire un projet territorial de production d'énergie solaire, les EPL constituent des modes d'intervention présentant de nombreux atouts au regard de leur double nature, à la fois publique et privée, et de leur large champ d'intervention.

Un équilibre public - privé

En leur qualité de société anonyme tout d'abord, les sociétés d'économie mixte (SEM) et les sociétés publiques locales (SPL) bénéficient d'une véritable gestion d'entreprise. Dans le cadre d'un secteur de l'électricité, encore très incertain et mouvant, leur réactivité peut constituer un véritable avantage notamment dans le cadre des rapports que la SEM ou la SPL pourront entretenir avec les opérateurs (privés) de production d'énergie solaire. Par la qualité de leurs actionnaires publics au sein de leur capital, les SEM et les SPL sont parfaitement adaptées à la gestion d'une activité d'intérêt général telle que le développement des énergies renouvelables. Notamment, les collectivités actionnaires de ces sociétés sont propriétaires de biens immeubles, dotés d'importantes surfaces de toits ou façades, autorisant une exploitation à grande échelle de l'électricité photovoltaïque. Par ailleurs, les EPL peuvent bénéficier de la garantie d'emprunt de leurs collectivités actionnaires. Ces nombreux atouts font des EPL un mode d'intervention à privilégier dans le cadre de la construction et de l'exploitation d'installations de production d'énergie solaire photovoltaïque.

L'intervention des EPL dans l'intérêt de leurs actionnaires publics locaux

En application des articles L.1521-1 et L.1531-1 du CGCT, les SEM et les SPL peuvent diligenter toute activité d'intérêt. Le Conseil d'État a récemment admis la possibilité pour

une SEM d'intervenir sur un marché concurrentiel en bénéficiant du soutien de ses collectivités territoriales actionnaires alors même qu'aucune carence de l'initiative privée n'est constatée (CE 5 juill. 2010, Syndicat national des agences de voyage, req. n°308564), à condition qu'elles relèvent des compétences qui sont reconnues ou attribuées par la loi à leurs collectivités actionnaires. Or, l'article L.1111-2 du CGCT dispose que les collectivités territoriales «concourent avec l'État à [...] la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie. [...]». En outre, la production électrique photovoltaïque est désormais ouverte non seulement aux communes et à leurs groupements (CGCT, art. L.2224-32) mais, depuis la loi dite «Grenelle II» n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, également aux départements, aux régions ainsi qu'à leurs groupements (article 88 de la loi). En conséquence, une EPL peut se voir confier, par ses collectivités actionnaires, la mission de soutenir le développement de la filière photovoltaïque locale, voire même la production de l'énergie solaire sur son territoire. Il convient toutefois de conserver un objectif d'intérêt général dans les missions qui seront confiées à la SEM ou à la SPL, celles-ci ne pouvant développer une seule activité purement commerciale telle que la vente de l'électricité solaire photovoltaïque dont elle n'aurait pas préalablement assuré la production.

2. Modalités conventionnelles d'intervention dans la filière photovoltaïque

Lorsque les collectivités ou groupements actionnaires d'une EPL souhaitent lui confier une mission de développement des énergies solaires, ces collectivités ou groupements disposent, en fonction du rôle qu'elles souhaitent confier à l'EPL, d'un panel de montages contractuels. Les règles de passation de ces contrats diffèrent toutefois selon que le projet est porté par une SEM ou une SPL.

Un panel de montages contractuels

La collectivité et le groupement peuvent décider de confier à l'EPL la seule réalisation d'équipements solaires photovoltaïques au profit de la collectivité ou du groupement. Dans ce cas, l'EPL agira dans le cadre d'un marché public. Elle peut aussi demander à la société de construire mais, également d'exploiter, des installations solaires photovoltaïques et dans ce cas, l'EPL se rémunérera sur le produit de la vente de l'électricité. Une collectivité ou un groupement actionnaire d'une EPL peut enfin simplement mettre à la disposition de cette dernière des terrains lui appartenant aux fins d'installation d'équipements de production d'énergie solaire. Dans ce cas, la mise à disposition au profit de l'EPL suppose la mise en place d'un montage immobilier au travers de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine, d'une convention constitutive de droits réels, d'un bail emphytéo-

tique, administratif ou non, d'un bail à construction. L'EPL agit dans ce cas en qualité de maître d'ouvrage et de producteur d'électricité pour son propre compte. Cette hypothèse n'est toutefois envisageable qu'au profit d'une SEM, dès lors que son objet statutaire le prévoit. La SPL ne pouvant quant à elle agir pour son propre compte, toute activité de production ne pourra se faire qu'au bénéfice de la collectivité ou du groupement actionnaire.

La mise en concurrence préalable de l'EPL

La seule mise à disposition de dépendances du domaine public ou privé de la collectivité ou du groupement actionnaire n'a pas à être soumise à une mise en concurrence préalable, quelle que soit la nature de l'EPL, SEM ou SPL (CE 3 déc. 2010, « Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin », req. n°338272-338527). Dès lors, en revanche, qu'elle réponde à

un besoin de la collectivité, la mise en concurrence s'impose. Au-delà, les contrats conclus entre une SPL et un de ses actionnaires ne seront, en principe pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence en vertu du régime des relations « in house » (ou relations intégrées). L'application de ce régime suppose toutefois la réunion de deux conditions: les collectivités actionnaires de la structure dédiée doivent exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, et la société doit réaliser l'essentiel de son activité avec ses collectivités actionnaires (CJCE 18 nov. 1999, Teckal Srl, aff. C-107-98). Au contraire, si la collectivité ou le groupement ne fait pas appel à une SPL, le choix n'est pas libre et une SEM sera soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable qui dépendra de la nature du contrat public devant être conclu (concession de travaux ou marché public).

Sigles et abréviations

BEA: Bail emphytéotique administratif
CA: Conseil d'administration
CGCT: Code général des collectivités territoriales
CComm: Code de commerce
DGCL: Direction générale des collectivités locales
DSP: Délégation de service public
EPCI: Etablissement public de coopération

intercommunale
SA: Société anonyme
SEM: Société d'économie mixte
SP: Service public
SPL: Société publique locale
SPLA: Société publique locale d'aménagement
TUE: Traité sur l'Union européenne
TVA: Taxe sur la valeur ajoutée

II. 50 questions sur les sociétés publiques locales

Par My-Kim Yang-Paya, Thomas Rouveyran, Claire-Marie Dubois, Nathalie Ricci, avocats, et Aliona Stratula juriste, SCP Seban et Associés

La loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a définitivement consacré l'existence des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), en étendant leur champ de compétences et en leur conférant de nouvelles prérogatives. Cette loi a également créé les sociétés publiques locales (SPL). Ce « 50 questions » présente le cadre juridique et financier prévalant à leur création, leur régime de société commerciale, leurs champs d'activités et les règles régissant leur fonctionnement et leur gouvernance.

1 à 12. Objet et création des SPL

1. Qu'est-ce qu'une SPL ?

La loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement a initialement créé les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), à titre expérimental, pour une durée de 5 ans (art. L.327-1 du Code de l'urbanisme). Par la suite, la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a définitivement consacré l'existence des SPLA, en étendant leur champ de compétences et en leur conférant de nouvelles prérogatives. Cette loi a également créé les sociétés publiques locales (SPL). Les SPLA et les SPL sont des sociétés anonymes dont l'actionariat est toutefois uniquement composé de collectivités territoriales et de groupements de collectivités. En tant que sociétés anonymes, les SPL et SPLA sont régies par les dispositions du livre II du Code de commerce. Par ailleurs, les SPL et SPLA sont soumises, sauf dispositions contraires, aux règles régissant les SEM locales, prévues aux articles L.1521-1 et suivants du CGCT.

À noter

Leur intérêt réside dans la possibilité d'intervenir pour le compte de leurs collectivités ou groupements de collectivités actionnaires dans le cadre de prestations intégrées, c'est-à-dire sans mise en concurrence préalable.

2. Quelles sont les différences entre une SPL et une SPLA ?

À la différence des SPLA, les SPL bénéficient d'un champ de compétences plus large. En vertu de l'article L.1531-1 du CGCT, les SPL peuvent en effet être chargées de réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1

du Code de l'urbanisme, des opérations de construction, d'exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Les SPLA peuvent effectuer toute opération d'aménagement au sens du Code de l'urbanisme – et non pas seulement au sens de l'article L.300-1 comme pour les SPL – et sont compétentes pour réaliser des études préalables, procéder à toute acquisition et cession d'immeubles en application des articles L.221-1 et L.221-2, procéder à toute opération de construction ou de réhabilitation immobilière en vue de la réalisation des objectifs énoncés à l'article L.300-1, ou procéder à toute acquisition et cession de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux dans les conditions prévues au chapitre IV du titre Ier du livre II du Code de l'urbanisme.

3. Quels sont les avantages et les inconvénients d'une SPL/SPLA par rapport à une SEM ou une SCIC ?

Avantages. Dans une SPL, la totalité du capital et des sièges au conseil d'administration est détenue par des personnes publiques, les collectivités ou groupements de collectivités actionnaires, à la différence des SEM. Par ailleurs, les SPL n'ont pas à être mises en concurrence par leurs actionnaires publics, ce qui peut constituer un avantage dans la mise en œuvre de certains projets où une consultation publique ne présente pas d'intérêt particulier. Les SPL, en tant que SA, bénéficient d'une véritable gestion d'entreprise, gage de performance, ce qui n'est pas le cas des SCIC.

Inconvénients

Contrairement aux SEM, les SPL ne peuvent pas intervenir pour le compte d'autres acteurs que leurs actionnaires, pas plus qu'elles ne peuvent agir en dehors du territoire de leurs collectivités membres. Les SPL ne peuvent se voir conférer des aides publiques que dans le strict respect du droit communautaire des aides d'État.

4. Quel est le champ d'intervention matériel des SPL et SPLA ?

Le champ d'intervention matériel des SPL et des SPLA est très large.

Les SPL et SPLA peuvent en effet diligenter toute mission à condition qu'elles relèvent des compétences qui sont attribuées par la loi à leurs collectivités publiques actionnaires: il s'agit des compétences expressément conférées par le législateur à ces collectivités ainsi que celles de compétences.

La circulaire de la DGCL du 29 avril 2011 prévoit ainsi que « chacune de ces sociétés ne peut être créée que dans le cadre des compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales et à leurs groupements ».

Par ailleurs, la circulaire considère que la création d'une SPLA ou d'une SPL entre un EPCI et ses communes membres est possible dès lors que l'objet social se rapporte à une compétence partagée. Cette condition revient toutefois à limiter fortement les possibilités de création de telles sociétés entre les collectivités et leurs groupements.

5. Une SPL peut-elle prendre en charge plusieurs activités ?

L'exercice de plusieurs activités par une même SPL est régi par le principe de complémentarité, prévu à l'article L.1521-1 du CGCT, selon lequel lorsque l'objet des SPL inclut plusieurs activités, « celles-ci doivent être complémentaires ». Selon la circulaire du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économies mixtes locales, une conception purement financière du principe de complémentarité doit être exclue : l'application de ce principe ne doit pas conduire « à la réunion d'activités dans une même société, dans le seul but de parvenir à un équilibre financier global ». Cette limitation de la multi-activité des SPL pourrait en outre ressortir de la rédaction de l'article L.1531-1 du CGCT, qui prévoit qu'une SPL peut être chargée, de manière alternative, d'opérations d'aménagement, de construction ou de l'exploitation de SPIC ou toutes autres activités d'intérêt général. Malgré cette rédaction, il convient néanmoins de considérer qu'une SPL, comme une SEM, peut être chargée soit de l'une ou l'autre de ces activités, soit de plusieurs de ces activités, sous réserve de complémentarité.

6. Quel est le champ d'intervention territorial des SPL ?

Le champ d'intervention territorial des SPL et des SPLA est limité : les articles L.1531-1 du CGCT et L.327-1 du Code de l'urbanisme prévoient respectivement que les SPL et les SPLA exercent leurs activités « sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres ».

Il n'est donc pas possible de créer une SPL pour gérer un équipement situé en dehors du territoire des collectivités actionnaires de la société ou de créer une SPLA pour des opérations d'aménagement situées en dehors du territoire des collectivités actionnaires de la société.

Attention

Comme l'indique ainsi la circulaire du 29 avril 2011 relative au régime des SPL et des SPLA, « contrairement aux SEM, les SPL et les SPLA ne peuvent pas intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non action-

naires, même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire ».

7. Les SPL et SPLA rentrent-elles dans le régime des relations « in house » ?

Oui. L'intérêt de la création des SPL et SPLA est de permettre aux collectivités actionnaires de ces sociétés de leur confier, sans mise en concurrence préalable, des prestations entrant dans le régime des prestations dites intégrées ou encore de quasi-régie. L'application de ce régime suppose la réunion de deux conditions : les collectivités actionnaires de la structure dédiée doivent exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, et la société doit réaliser l'essentiel de son activité avec ses collectivités actionnaires (CJCE, 18 novembre 1999, Teckal SRL, aff. C-107-98). À cet égard, la loi n'autorise la création des SPL et SPLA que dans le cadre des compétences « attribuées par la loi » à leurs collectivités actionnaires. Les SPL et SPLA exercent en outre leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur leurs territoires.

8. Quels sont les risques pénaux en cas de non-respect des critères régissant les relations « in house » ?

Si une SPL ou une SPLA ne respecte pas les critères des relations « in house », l'élu mandataire de ses collectivités actionnaires qui aura participé aux délibérations confiant à la société des prestations ou la gestion d'un service public risquera, en cas de requalification du contrat conclu, d'être poursuivi du chef du délit d'octroi d'avantage injustifié. Cette infraction est réprimée par l'article 432-14 du Code pénal : elle consiste dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de procurer ou tenter « de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et conventions de délégation de service public ».

9. Quelles sont les modalités d'intervention d'une SPL/SPLA ?

Prestataire : une SPL ou une SPLA peut répondre aux besoins de ses collectivités ou groupements de collectivités actionnaires par des prestations spécifiques. Dans cette hypothèse, l'intervention de la SPL s'inscrit dans un cadre contractuel qui peut prendre la forme d'un marché public, d'une concession d'aménagement, d'une délégation de service public, ou encore d'un bail de longue durée (bail d'habitation ou BEA). La SPL ou la SPLA, dont l'intérêt principal réside dans la possibilité de bénéficier du régime des relations « in house », pourra, sous réserve de remplir les conditions propres à l'application de ce régime, ne pas être mise en concurrence.

Déléataire de la maîtrise d'ouvrage d'une opération: une SPL ou une SPLA peut également se voir déléguer par l'une de ses collectivités ou groupements de collectivités actionnaires la maîtrise d'ouvrage d'une opération.

10. Une SPL peut-elle prendre en charge une activité économique ?

Oui, car les SPL et SPLA sont des sociétés commerciales. Toutefois, en raison de la présence de personnes publiques à leur capital, la prise en charge d'une telle activité s'effectue nécessairement au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En application de ce principe, les personnes publiques peuvent prendre en charge une activité économique, sous réserve de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence, c'est-à-dire de respecter une égale concurrence avec les opérateurs privés, et dès lors qu'un intérêt public le justifie.

À noter

Si un tel intérêt public ressort traditionnellement de la satisfaction des besoins de la population et de la carence de l'initiative privée (CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n°275531), la jurisprudence a récemment admis qu'une SEM locale puisse exercer « toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général » (CE, 5 juil. 2010, Syndicat nat. des agences de voyage, n°308564). Cette jurisprudence pourrait s'appliquer aux interventions économiques des SPL.

11. La SPL peut-elle être déléataire de service public ?

L'article L.1531-1 du CGCT dispose qu'une SPL est compétente « pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». Le législateur a alors complété l'article L.1411-12 du CGCT afin d'exempter des règles de droit commun toute délégation de service public confiée à une SPL, lorsque les deux critères des relations « in house » sont remplis et que l'activité déléguée figure expressément dans ses statuts.

Par ailleurs, l'article L.1411-19 du CGCT prévoit que les assemblées délibérantes des collectivités actionnaires se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une SPL, le cas échéant, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux (CCSPL), et statuent au vu d'un rapport qui présente les caractéristiques des prestations confiées à la SPL déléataire.

12. Une SPL peut-elle intervenir pour le compte d'autres personnes que ses actionnaires ?

En créant les SPL, le législateur a entendu mettre à la disposition des collectivités territoriales une structure d'inter-

vention avec laquelle ces collectivités puissent être amenées à contracter sans procédure de publicité ni mise en concurrence préalables. L'article L.1531-1 du CGCT et l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme prévoient, en ce sens, que les SPL et les SPLA « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires ». Elles ne peuvent donc pas intervenir pour le compte d'autres personnes, publiques comme privées. Et la circulaire du 29 avril 2011 précise : « même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire. » Cette notion d'exclusivité va toutefois au-delà de la jurisprudence communautaire en matière de prestations intégrées qui exige que la structure « in house » intervienne « essentiellement » pour le compte de ses actionnaires et sur leur seul territoire (CJCE, 10 sept. 2009, Sea SRL c/Comune di Ponte Nossa, aff C573/07).

13 à 20. Régime de société commerciale

13. Quelle est la durée d'une SPL ?

L'article L.210-2 du Code de commerce formule deux exigences quant à la durée de la société: celle-ci doit être déterminée dans les statuts et elle ne saurait excéder 99 ans. L'article R.210-2 du Code de commerce précise ainsi que la durée de la société peut être prorogée une ou plusieurs fois sans que la durée totale puisse excéder 99 ans.

La durée court du jour de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS).

Si les statuts ne précisent pas la durée de la SPL, l'article L.210-7 du Code de commerce prévoit enfin que tout intéressé peut demander en justice que soit ordonnée sous astreinte la régularisation des statuts et que soit ainsi précisée la durée de la société.

Si les statuts prévoient une durée de vie sociale supérieure à 99 ans, cette même procédure permet d'obtenir la fixation d'une durée respectant le maximum légal.

À noter

L'arrivée du terme entraîne la dissolution de plein droit de la société.

14. Quelle dénomination sociale une SPL peut-elle avoir ?

La SPL doit être désignée par une dénomination sociale. Le choix de la dénomination sociale est libre, sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits de tiers. Ainsi, ne peut être choisi comme dénomination sociale le nom d'une marque si l'emploi de ce nom risque de causer une confusion dans l'esprit du public. Dans cette hypothèse, la société nouvellement créée s'expose notamment à une action en concurrence déloyale ou en contrefaçon de marque de la part du titulaire d'un droit antérieur, sur le tout ou sur une partie de la dénomination sociale utilisée, comme l'a récemment rap-

pelé le ministère de l'Économie dans une réponse ministérielle (JOAN, 12 avril 2011, p.3712): «lorsqu'elle sollicite son immatriculation au RCS, toute société doit s'assurer que le nom commercial qu'elle choisit (...) ne porte pas atteinte à des droits antérieurs, marques déposées, noms commerciaux, dénominations sociales, droits d'auteurs, nom de domaine ou encore droit de la personnalité (...)».

15. Quel est le montant du capital social et comment peut-il évoluer ?

Le capital social de la SPL doit être au moins égal à 225000 € pour les sociétés ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et à 150000 € pour celles ayant dans leur objet l'aménagement. Dans les autres cas, il doit être au moins égal à 37000 €.

Dans tous les cas, le capital social doit être suffisant par rapport au projet confié par les actionnaires à la SPL. C'est la raison pour laquelle, la constitution d'une SPL peut justifier que soit réalisée une étude juridique, comptable et fiscale préalable afin que le capital souscrit corresponde aux besoins de la société.

À noter

Le capital peut à tout moment faire l'objet d'une augmentation. L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour en décider après présentation d'un rapport par le conseil d'administration portant notamment sur les motifs de l'augmentation de capital et, le cas échéant, sur son montant maximal.

16. Les actionnaires de la SPL peuvent-ils faire des apports en compte courant ?

Oui. L'article L.1531-1 du CGCT renvoyant aux dispositions du même code applicables aux SEM, les articles L.1522-4 et L.1522-5 du CGCT relatifs aux apports en comptes courants au sein des SEM s'appliquent aux SPL. Ainsi, les collectivités territoriales et leurs groupements sont autorisés à faire des apports en compte courant d'associés au sein de la SPL.

En revanche, ces apports sont strictement encadrés. Ils doivent faire l'objet d'une convention expresse entre les actionnaires et la SPL. Cette convention devra être approuvée par l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire qui sera informée des modalités de l'apport. La convention devra mentionner, à peine de nullité: la nature, l'objet et la durée de l'apport, le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en augmentation de capital de l'apport.

Attention

L'apport ne peut être accordé que pour 2 ans, renouvelable une fois, sans que la SPL puisse bénéficier d'une

nouvelle avance avant que la première n'ait été remboursée ou transformée en augmentation de capital.

17. Une SPL peut-elle avoir des participations dans d'autres sociétés commerciales ?

Oui. Par renvoi au régime applicable aux SEM, les SPL ont la possibilité de prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales.

Toutefois, la société commerciale dans laquelle serait prise la participation doit nécessairement intervenir sur le territoire des collectivités et groupements de collectivités actionnaires de la SPL.

Par ailleurs, la participation ne doit conférer aucun pouvoir de contrôle à la SPL. Cette participation doit également permettre la réalisation des missions confiées à la SPL.

Enfin, elle ne doit pas remettre en cause dans la durée, la relation de quasi-régie entre la SPL et les collectivités actionnaires.

L'article L.1524-5 du CGCT prévoit ainsi que la prise de participation d'une société dans une autre société commerciale doit être expressément autorisée par les collectivités présentes au conseil d'administration.

18. Une SPL peut-elle être membre d'un GIE ?

Oui. L'article L.251-1 du Code de commerce prévoit en ce sens qu'un GIE a pour but de «faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même». À cet égard, il peut exercer des activités accessoires ou complémentaires à celles de ses membres. Un GIE est nécessairement constitué pour une durée déterminée, doit comprendre au minimum deux membres et peut être constitué sans capital.

Dans le cadre de ses relations avec ses membres le composant (plusieurs SPL, ou une SPL avec des SEM ou des OPH par exemple), le GIE bénéficiera du régime des prestations intégrées s'il œuvre de manière exclusive pour ces sociétés et que ces dernières exercent sur lui un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

Pour la satisfaction de ses propres besoins, le GIE sera toutefois soumis, en tant que pouvoir adjudicateur, à l'ordonnance de 2005.

19. Faut-il désigner les premiers commissaires aux comptes dans les statuts ?

Le contrôle des comptes de la société est exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes qui doivent satisfaire aux conditions de nomination et d'indépendance prévues par la loi. Ceux-ci sont nommés pour six exercices: leurs fonctions expirent après l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du sixième exercice.

Au moment de la constitution de la SPL, les commissaires aux comptes sont désignés dans les statuts (art. L.225-16 du Code de commerce). En cours de vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire sur proposition du conseil d'administration. La nomination des commissaires doit figurer à l'ordre du jour de l'assemblée. À défaut, la décision de nomination est nulle.

L'acceptation de leurs fonctions par les commissaires est constatée, soit au moyen de la signature du PV de l'assemblée par les intéressés, soit par la signature et l'apposition au bas des statuts de la mention suivante: «Bon pour acceptation des fonctions de commissaires aux comptes».

20. Pourquoi nommer des censeurs ?

Dans les SPL dans lesquelles les actionnaires ne peuvent ou ne veulent pas être administrateurs, il est possible de nommer un ou plusieurs censeurs (collège de censeurs) dont la mission, le nombre et éventuellement la rémunération seront fixés par les statuts. En revanche, n'étant pas des administrateurs de la SPL, ils ne peuvent pas prétendre à avoir les mêmes attributions ou percevoir des jetons de présence. Les censeurs participent aux séances du conseil d'administration (CA) avec une voix consultative uniquement, et représentent des actionnaires qui ont déjà le nombre maximal de sièges au conseil d'administration ou bien ceux qui n'ont pas de sièges en raison d'une détention capitalistique minoritaire; ils peuvent aussi pallier le dépassement d'âge limite des administrateurs. La convention conclue entre le censeur et la société s'analyse comme une convention réglementée et donc soumise à l'autorisation préalable du CA (art. L.225-38, CComm).

À noter

Le principal avantage des censeurs est en définitive de permettre d'assurer la transparence de fonctionnement de la SPL.

21 à 39. Gouvernance de la SPL

21. Quelle est la distinction entre la formule moniste et la formule dualiste ?

La SPL doit choisir entre deux formules de gouvernance.
1/La société anonyme moniste est composée d'un conseil d'administration déterminant les orientations de l'activité de la SPL et d'un directeur général (ou un président-directeur général lorsqu'il cumule les deux fonctions) assumant les fonctions exécutives et de représentation légale de la société.
2/La société anonyme dualiste est composée d'un directoire, organe collégial, chargé d'agir en toutes circonstances au nom de la société et d'un conseil de surveillance chargé principalement de contrôler l'activité du directoire. Le directoire est composé de 2 à 5 membres et peut être composé d'un directeur général unique lorsque le capital social est inférieur à 150 000 €. Les membres du directoire sont obligatoirement

des personnes physiques, ce qui exclut dès lors les élus, car ceux-ci seraient alors considérés comme intervenant à titre personnel et non en qualité de représentants de la collectivité territoriale et perdraient ainsi la protection accordée à ce titre.

22. Quelles sont les fonctions occupées par les collectivités territoriales au sein de la SPL ?

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent occuper tous les postes au sein des organes de gouvernance de la SPL. Ils devront alors être représentés, à peine de nullité de leur nomination, par une personne physique (art. L.225-47 du Code de commerce).

Les élus locaux mandataires peuvent être administrateur, président du conseil d'administration, membre et président du conseil de surveillance ou encore, président-directeur général.

Attention

Pour échapper au risque de qualification d'entrepreneur de services municipaux, départementaux ou régionaux définie par le Code électoral, il conviendra seulement que le représentant des collectivités ou des groupements d'actionnaires n'exerce pas le poste de directeur général, possibilité non prévue par le Code général des collectivités territoriales.

23. Comment sont désignés les administrateurs de la SPL et quelle est la durée de leur mandat social ?

Le conseil d'administration doit être composé de 3 membres au moins et 18 membres au plus.

À la création de la société, les premiers administrateurs sont désignés dans les statuts. Au cours de la vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire.

La durée du mandat des premiers administrateurs est fixée par les statuts et ne peut pas dépasser 3 ans (art. L.225-18, Ccomm).

La durée du mandat des administrateurs désignés par l'assemblée générale en cours de vie sociale est déterminée par les statuts, sans pouvoir dépasser 6 ans (art. L.225-18 al.1, Ccomm). Ainsi, toute nomination intervenue pour un délai supérieur est nulle (art. L.225-18 al.3, Ccomm).

Si une personne morale est désignée comme administrateur, elle est tenue de désigner une personne physique représentant permanent au conseil d'administration (art. L.225-20, Ccomm).

24. Comment la rémunération de l'élu dirigeant social est-elle déterminée ?

Les élus administrateurs de la SPL peuvent toucher une rémunération annuelle sous forme de jetons de présence (ar-

ticle L.225-45, CComm). Son montant est déterminé par l'assemblée générale et sa répartition entre les administrateurs est décidée par le conseil d'administration. Le CA peut également allouer à ses membres des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats qui leur sont confiés (art. L.225-46, CComm). Ces rémunérations sont considérées comme des conventions réglementées soumises à l'autorisation du conseil d'administration. L'allocation d'une rémunération est subordonnée à la condition d'une délibération expresse de l'assemblée de la collectivité dont est issu l' élu représentant. Cette délibération devra fixer le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus, ainsi que la nature des fonctions exercées.

Attention

L'ensemble des indemnités des élus, au titre de leur mandat d'administrateur et de leur mandat électif cumulés, ne doit pas dépasser le maximum légal autorisé soit une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire.

25. Existe-t-il une limite d'âge pour les administrateurs, le président du CA et le directeur général d'une SPL ?

La limite d'âge des administrateurs est librement fixée par les statuts et peut s'appliquer, soit à l'ensemble des administrateurs, soit à un pourcentage d'entre eux. Lors de la nomination, le nombre d'administrateurs ayant dépassé l'âge de 70 ans ne doit pas être supérieur au tiers des administrateurs. De même, et à défaut d'une disposition expresse qui peut être introduite à tout moment dans les statuts, la limite d'âge légale pour l'exercice des fonctions de président et de directeur général est fixée à 65 ans. Toute nomination intervenue en violation de ces principes est nulle.

En droit commun, lorsque la limitation statutaire ou légale de l'âge des administrateurs est dépassée, l'administrateur le plus âgé est réputé démissionnaire d'office. Le droit applicable aux SPL prévoit toutefois des dérogations. Ainsi, les représentants des collectivités dépassant en cours de mandat la limite d'âge légale ou statutaire peuvent achever leur mandat sans être considérés comme démissionnaires d'office (art. L.1524-5 al.6 du CGCT).

26. Comment la cessation des fonctions des dirigeants d'une SPL intervient-elle ?

Le dirigeant peut cesser ses fonctions pour diverses raisons. À côté de la démission, la révocation en est une des plus fréquentes. Deux types de révocation existent. La révocation applicable aux membres du directoire et au directeur général unique est la révocation pour justes motifs. La commission d'une faute de gestion ou d'un acte contraire à l'intérêt social est alors nécessaire si la société souhaite éviter d'être condamnée au versement de dommages-intérêts.

La révocation applicable aux administrateurs, au président, au président-directeur général et aux membres du conseil de surveillance est la révocation ad nutum. La révocation peut alors être décidée de façon discrétionnaire, sans préavis et sans indemnité. En ce qui concerne la révocation du directeur général, même si celle-ci peut se faire à tout moment, l'absence de juste motif peut donner lieu au versement de dommages-intérêts.

27. Comment la cessation des fonctions des élus mandataires au sein d'une SPL intervient-elle ?

Le mandat des représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires au conseil d'administration prend fin lors du renouvellement du conseil municipal, régional ou général (article R.1524-3 du CGCT).

En outre, les mandataires des collectivités territoriales et de leurs groupements peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment par les assemblées délibérantes dont ils sont membres (article R.1524-4 al. 1 du CGCT).

Enfin, en cas de démission, de dissolution ou d'annulation de l'élection de l'assemblée délibérante, le mandat des représentants est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée (article R.1524-4 al. 3 du CGCT).

28. Que se passe-t-il en cas de vacance d'un poste d'administrateur dans une SPL ?

En cas de vacance du siège attribué à un représentant de collectivités territoriales et de leurs groupements au conseil d'administration, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement actionnaire désigne son représentant lors de la première réunion du conseil d'administration qui suit cette vacance.

Cette règle constitue une dérogation au régime du droit des sociétés anonymes. En effet, selon le droit commun, si le nombre des administrateurs devient inférieur au minimum statutaire, sans toutefois être inférieur au minimum légal (3 administrateurs), la cooptation est obligatoire. Le conseil d'administration est tenu alors de compléter son effectif dans le délai de 3 mois à compter du jour où s'est produite la vacance. Les nominations effectuées par le conseil sont soumises à ratification de l'assemblée générale ordinaire.

29. Quel est le régime de responsabilité des élus mandataires ?

La responsabilité civile des élus incombe à la collectivité locale ou au groupement dont ils sont mandataires au sein de la SPL. En effet, ils ne font que représenter la collectivité ou le groupement, véritable administrateur. À ce titre, l'article L.1524-5 du CGCT instaure une obligation pour le mandataire de rendre compte de son mandat à sa collectivité ou à son groupement mandant, au moins une fois par an.

Lorsque les représentants ont été désignés par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales ou aux groupements membres de cette assemblée. La responsabilité civile des collectivités ou des groupements mandants implique l'existence d'un mandat donné à l' élu pour les représenter et pour occuper un poste au sein du conseil d'administration.

À noter

La responsabilité pénale de l' élu désigné comme représentant des collectivités et des groupements actionnaires peut être recherchée dans les conditions de droit commun. En effet, l' élu mandataire encourt les mêmes responsabilités que s'il était administrateur en son nom personnel.

30. Quel est le régime de responsabilité pénale des administrateurs de la SPL ?

À l'instar de tout dirigeant, la responsabilité pénale des administrateurs de la SPL peut être recherchée, le cas échéant concurremment à celle de la personne morale, au titre d'actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions, à savoir :

- les infractions relevant du droit commun tels l'abus de confiance, l'escroquerie, le faux, l'usage de faux...;
- les infractions relevant du droit pénal des sociétés (délit d'abus des biens sociaux...), du droit pénal comptable (délit de présentation de comptes inexacts), du droit pénal du travail (harcèlement, travail dissimulé...), du droit pénal fiscal, du droit pénal des entreprises en difficulté (délit de banqueroute) ou encore du droit pénal de l'environnement.

31. Quels sont les risques pénaux spécifiques ?

Des risques pénaux spécifiques sont liés au cumul de la qualité d'administrateur et de celle d' élu ou d'agent public.

Outre le délit de favoritisme, le cumul des fonctions d' élus et de dirigeant renvoie plus directement à la prise illégale d'intérêt, punie par l'article 432-12 du Code pénal d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement et 75000 € d'amende. Précisons enfin que nombre des infractions précitées peuvent donner lieu, à titre de peine complémentaire, à des mesures d'interdiction de gérer ou de privation des droits civiques, civils et de famille, pouvant entraîner une radiation de la fonction publique.

32. Comment est assurée la représentativité des actionnaires au sein des organes de direction ?

La SPL a un capital entièrement public. En revanche, contrairement à la SEM et la SPLA, la composition de son capital est libre. En effet, il n'y a pas de règles de répartition du capital puisqu'aucun seuil n'est prévu par la loi. Ainsi, hormis le fait qu'il est nécessaire que la SPL soit constituée par deux

actionnaires au moins, ceux-ci n'ont pas l'obligation de détenir une quotité déterminée du capital.

Par ailleurs, les sièges au conseil d'administration seront attribués en fonction du capital social détenu dans la société par les collectivités territoriales et leurs groupements. Ce nombre de sièges peut être arrondi à l'unité supérieure.

Le nombre de membres du conseil d'administration doit être compris entre 3 et 18.

33. Quel contrôle les actionnaires publics exercent-ils concrètement sur les SPL ?

La loi impose que les collectivités exercent sur les SPL ou SPLA dont elles sont actionnaires un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

Par ailleurs, s'agissant spécifiquement des SPL, le CGCT met à la disposition de ces collectivités plusieurs outils de contrôle de l'activité : l'article L.1524-5 du CGCT prévoit qu'un rapport écrit portant notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la SPL soit soumis, au moins une fois par an, aux organes délibérants des collectivités et de leurs groupements actionnaires.

De plus, l'article L.1524-1 du CGCT dispose que toute modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une SPL doit être approuvée par les représentants des collectivités actionnaires de la SPL après délibération préalable de son assemblée approuvant la modification, à peine de nullité.

Qu'il s'agisse enfin des SPL comme des SPLA, d'autres modalités de contrôle sont mises en œuvre afin d'assurer un contrôle effectif par les actionnaires.

34. Quel contrôle les tiers exercent-ils sur les SPL ?

Outre le contrôle exercé par les collectivités ou groupements de collectivités actionnaires, l'activité et les actes des SPL sont également contrôlés par des tiers. Les délibérations du conseil d'administration et des assemblées générales des SPL fixant le montant des participations des collectivités actionnaires, approuvant les statuts de la SPL ou encore celles portant sur des relations entre la SPL et ses collectivités actionnaires, ainsi que les contrats visés à l'article L.1523-2 du CGCT sont soumis au contrôle de légalité du représentant de l'État.

Ils sont, à ce titre, communiqués, dans les quinze jours suivant leur adoption, au représentant de l'État dans le département où se trouve le siège social de la SPL. Le représentant de l'État dispose d'un droit d'information et se voit communiquer les délibérations du CA et des assemblées générales des SPL ainsi que les comptes annuels et les rapports du commissaire aux comptes. Les SPL sont également soumises au contrôle de la chambre régionale des comptes ainsi que de leurs commissaires aux comptes.

35. Quelles sont les règles de quorum et de majorité des conseils d'administration ?

S'agissant du quorum: le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Lorsque l'usage du procédé de visioconférence est prévu dans les statuts, les administrateurs participant au conseil par ce procédé sont réputés présents pour le calcul du quorum. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L.225-37, CComm). Par ailleurs, les administrateurs «représentés» ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum. Ainsi, un conseil d'administration composé de quatre membres délibère valablement lorsque deux administrateurs seulement sont présents. S'agissant ensuite de la majorité, les décisions sont prises à la majorité des membres présents (ou réputés tels en cas de recours à un procédé de visioconférence) ou représentés. Les statuts ne peuvent déroger à cette disposition qu'en prévoyant une majorité plus forte. En cas de partage des voix, celle du président de séance est prépondérante, sauf stipulation contraire des statuts.

36. Quelles sont les règles de quorum et de majorité lors des assemblées ?

La validité des assemblées générales est subordonnée à la présence ou la représentation d'actionnaires possédant un nombre minimum d'actions, variable selon la nature de l'assemblée. Pour les assemblées générales extraordinaires, le quorum est le suivant (art. L.225-96, CComm):

- sur première convocation: un quart des actions ayant droit de vote;
- sur seconde convocation: un cinquième des actions ayant droit de vote.

Pour les assemblées générales ordinaires (art. L.225-98, CComm), le quorum est:

- sur première convocation: un cinquième des actions ayant droit de vote;
- sur seconde convocation: aucun quorum.

Toute délibération prise en violation de ces dispositions est frappée de nullité.

S'agissant de la majorité requise pour les décisions:

- en cas d'assemblée générale ordinaire, la majorité des voix (art. L.225-98 alinéa 3 du CComm);
- en cas d'assemblée générale extraordinaire, la majorité des deux tiers des voix (art. L.225-96, CComm).

37. Quelles sont les compétences des assemblées générales ordinaire et mixte ?

L'assemblée générale ordinaire prend les décisions qui ne relèvent pas de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, soit les décisions qui n'emportent pas modification des statuts (art. L.225-98, CComm). Elle se réunit au moins une fois par an dans les six mois suivant la clôture

de l'exercice comptable et a pour objet de se prononcer principalement sur:

- l'approbation annuelle des comptes de l'exercice écoulé, décision sur la distribution des bénéfices, nomination des commissaires aux comptes;
- la nomination ou le remplacement des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance;
- les décisions concernant les conventions entre la société et l'un des mandataires sociaux, le transfert du siège social dans le même département ou dans un département limitrophe;
- les décisions statutairement prévues.

L'assemblée générale mixte est compétente pour prendre des décisions qui relèvent, d'une part, des assemblées générales ordinaires, d'autre part, des assemblées générales extraordinaires.

38. Quelles sont les compétences de l'assemblée générale extraordinaire ?

L'assemblée générale extraordinaire (AGE) est seule habilitée à modifier les statuts. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L.225-96, CComm). Elle est donc seule habilitée à se prononcer notamment sur les décisions concernant:

- l'extension ou la restriction d'objet social;
- la jonction ou la dissociation des postes de président et directeur général;
- l'augmentation et/ou la réduction de capital;
- le transfert du siège social hors du même département ou hors d'un département limitrophe;
- la dissolution anticipée de la société ou prorogation de sa durée;
- la modification des conditions de transmission des actions ou de leur valeur nominale;
- modification des modalités de répartition des bénéfices.

39. Est-il possible d'avoir recours au vote à distance lors d'une assemblée d'actionnaires d'une SPL ?

Pour le vote par correspondance: tout actionnaire peut voter par correspondance quelle que soit la nature, ordinaire, extraordinaire ou spéciale de l'assemblée. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites.

Pour le vote par voie électronique: le vote à distance par voie électronique s'effectue avant l'assemblée et ne doit pas être confondu avec le vote électronique en séance.

Le vote à distance par voie électronique doit être autorisé dans les statuts. Il est utilisable pour toute assemblée d'actionnaires, ordinaire ou extraordinaire, mais rien ne semble interdire aux statuts d'en limiter l'utilisation à certaines assemblées générales seulement. Il est exercé au moyen d'un formulaire établi par la société et remis ou adressé aux actionnaires qui en font la demande.

Les votes à distance sont utilisés pour le calcul du quorum et de la majorité comme si les actionnaires étaient présents.

40 à 50. Fonctionnement de la SPL

40. Quel est le statut du personnel ?

Les SPL ont vocation à conclure avec leur personnel des contrats de travail soumis au droit privé et pour lesquels les règles du Code du travail sont applicables. Les SPL, en tant que sociétés commerciales, sont soumises aux régimes et accords collectifs du travail. La convention collective applicable dépendra de l'activité principalement exercée par la société. Les litiges qui pourraient éventuellement survenir à l'occasion de l'exécution de ce contrat ressortent ainsi de la compétence du conseil de prud'hommes.

Toutefois, les SPL peuvent aussi recourir à des agents de droit public par le biais de la procédure de détachement, de la mise à disposition, voire même de la disponibilité.

41. Faut-il procéder à des mesures de publicité concernant les dirigeants de la SPL ?

Oui. La nomination, lors de la constitution de la société, ainsi que toutes les modifications intervenues ultérieurement, au sein des organes sociaux, doivent faire l'objet des mesures de publicité suivantes :

- insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social;
- dépôt au greffe du tribunal de commerce;
- inscription au RCS;
- insertion dans un Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

Par ailleurs, il conviendra d'inscrire, lors des formalités, les noms des collectivités territoriales et leurs groupements pour le poste occupé, suivi du nom, nom d'usage, prénom, date et lieu de naissance, domicile personnel et nationalité du mandataire.

Il conviendra de joindre à ces informations la photocopie de la carte d'identité ainsi qu'un bulletin destiné à la vérification du casier judiciaire.

42. Quels types d'apports peuvent être faits à la SPL ?

Lors de la constitution de la société, les associés en devenir peuvent faire deux types d'apports de biens (figurant dans le bilan comptable au « capital » de la SPL), en contrepartie d'actions correspondant au montant de ces apports.

D'une part, les apports en nature constituent tous les apports de biens autres que des sommes d'argent. Il peut s'agir tant de biens meubles corporels ou incorporels que d'immeubles. Les collectivités locales devront veiller à prendre une délibération sur les apports constitués et veiller à ce que leur apport immobilier appartienne bien à leur domaine privé. Les apports doivent faire l'objet d'une évaluation par un commissaire aux apports nommé par le président du tribunal de com-

merce statuant sur requête. D'autre part, les apports en numéraire constituent tous les apports en argent. En pratique, durant la vie de la société, au lieu d'effectuer des apports en numéraire complémentaires, les associés effectueront des avances en compte courant qui figureront en revanche au passif de la société, comme une dette envers les associés.

43. Une SPL peut-elle recevoir des aides publiques ?

En droit communautaire, les aides financières susceptibles d'être octroyées par les collectivités publiques aux opérateurs économiques sont en principe proscrites puisque, par nature, elles faussent le libre jeu de la concurrence en favorisant certains opérateurs par rapport à d'autres (article 107 du TUE). La Commission considère que dès lors que le financeur public d'une activité économique exercée par un prestataire intégré ne remplit pas toutes les conditions de la jurisprudence Altmark (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00), les règles relatives aux aides d'État trouvent à s'appliquer.

À noter

Les circulaires du 4 juillet et du 30 septembre 2008 complétées par une circulaire du 18 janvier 2010 précisent, à l'aune de ces principes communautaires, les règles applicables aux soutiens financiers apportés aux services publics locaux : une aide d'État est ainsi compatible avec le droit communautaire si son bénéficiaire a été chargé d'obligations de service public par un mandat précis, si des paramètres objectifs de calcul de la compensation ont été établis et si cette compensation n'occasionne pas de surcompensation.

44. Une SPL peut-elle recevoir la garantie d'emprunt de l'une de ses collectivités actionnaires ?

Oui. Une SPL peut recevoir une garantie d'emprunt ou un concours financier à court terme de l'une de ses collectivités ou groupement de collectivités actionnaires dès lors que ces emprunts ou concours financiers à court terme donnent lieu à l'établissement d'un tableau d'amortissement.

Par ailleurs, les collectivités publiques qui ne sont pas habilitées à effectuer des opérations de crédit, doivent, lorsqu'elles accordent une garantie d'emprunt, respecter trois ratios :

- un ratio limitant le montant des annuités garanties à 50% des recettes réelles de la section de fonctionnement de la collectivité garantie.
- un ratio de division du risque limitant, pour un même exercice, la garantie à 10% du montant total des annuités susceptibles d'être garanties;
- un ratio de partage du risque limitant à 50% la garantie d'un même emprunt quel que soit le nombre de collectivités garantes.

45. Une SPL ou une SPLA peut-elle constituer un patrimoine propre ?

Aux termes des articles L.327-1 du Code de l'urbanisme et L.1531-1 du CGCT, les SPL « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires ».

Or, si la SPLA ou une SPL constitue un patrimoine propre, elle n'accomplit pas d'acte ou ne conclut pas des contrats pour le compte de ses collectivités actionnaires, ce qui semble contraire aux dispositions sus-rappelées.

Partant, à la lecture de ces dispositions, ces sociétés ne pourraient pas acquérir de biens en propre. La circulaire du 29 avril 2011 confirme pour sa part qu'elles « ne peuvent pas satisfaire leurs propres besoins puisque leur cadre d'intervention se limite aux missions qui leur sont confiées par leurs actionnaires ».

À noter

Une telle interprétation, restrictive, ne devrait cependant pas interdire à une SPL d'acquérir la propriété d'un bien immobilier à titre de siège social, lequel répond aux besoins de son fonctionnement et non d'une activité propre.

46. Comment transformer une SEM en SPL/SPLA ?

Une SEM existante peut choisir de se transformer en SPL ou en SPLA, notamment en raison des avantages de la relation « in house » de ces dernières avec leurs actionnaires. Elle devra à cette fin respecter toutes les étapes requises en vue de la constitution d'un capital à 100% public. Tout d'abord, le CA de la SEM devra se réunir et se prononcer sur la transformation de la SEM, sur la cession des actions détenues par les actionnaires privés ou la réduction du capital en vue de la suppression des actions privées et sur la convocation de l'assemblée générale extraordinaire (AGE). Puis, les collectivités et groupements actionnaires devront délibérer sur la transformation, sur le rachat des actions privées ainsi que sur la désignation des nouveaux représentants. Enfin, l'AGE devra se réunir et voter la transformation de la SEM en SPL ou SPLA, la modification des statuts et la cession des actions des actionnaires privés. Une assemblée générale ordinaire devra se prononcer sur la désignation des nouveaux administrateurs et il conviendra d'assurer la publicité légale de la transformation.

47. À quelle fiscalité une SPL est-elle soumise ?

Les SPL, en tant que sociétés anonymes, sont soumises, en matière de fiscalité, au droit commun applicable aux sociétés commerciales. En conséquence, les SPL sont assujetties à l'impôt sur les sociétés et leurs dépenses et recettes à la TVA. Les SPL sont également redevables de la contribution économique territoriale (CET) – qui a remplacé la taxe profession-

nelle – ainsi qu'à la taxe sur le foncier bâti pour les locaux qui l'hébergent et ceux participant à son effort productif ou à la gestion du service confié à la SPL.

48. Quel est le régime comptable applicable aux SPL ?

En leur qualité de société anonyme, les SPL sont tenues aux mêmes obligations comptables que les autres sociétés commerciales: application du plan comptable général, enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise de manière chronologique, établissement de comptes annuel réguliers et sincères à la clôture de l'exercice (comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe). Toutefois, lorsqu'une SPL est délégataire d'un service public, elle bénéficie de règles comptables spécifiques (application de la norme comptable IFRIC12 « Accords de concession de services », mise en œuvre par le règlement communautaire CE n°245/2009 du 25 mars 2009).

49. Les SPLA et SPL sont-elles soumises au Code des marchés publics ?

Lorsque les SPL et les SPLA sont titulaires de marchés publics, ou encore de conventions de délégation de service public ou d'aménagement, et qu'elles ont besoin de faire appel à des prestataires extérieurs, elles sont soumises, en leur qualité d'opérateur intégré de leurs collectivités ou groupements de collectivités actionnaires, aux dispositions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Les SPL et SPLA sont en outre bien évidemment tenues de respecter les dispositions du Code des marchés publics lorsqu'elles agissent dans le cadre d'un mandat, tel celui prévu par la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP.

50. Quelles sont les règles applicables aux contrats conclus par une SPL ou une SPLA pour ses propres besoins ?

Pour la satisfaction de leurs propres besoins, les SPL et les SPLA ne sont pas soumises au Code des marchés publics: ces sociétés ont en effet un statut de sociétés privées qui les fait échapper aux dispositions de ce code.

Dans le cas où elle entend faire appel à des prestataires extérieurs, les marchés qu'elle conclut avec ces opérateurs sont en revanche soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et respectent, par conséquent, les principes de transparence, de publicité et de mise en concurrence préalable qu'elle édicte.

ADDENDUM

Page 26 (question 17 : Une SPL peut-elle avoir des participations dans d'autres sociétés commerciales ?)

« Prise de participation :

L'intérêt d'une prise de participation est limité, ce que rappelle la circulaire du 29 avril 2011. Dans ces conditions, au regard des risques importants que des élus locaux peuvent courir, si les conditions de régularité d'une telle opération viennent à manquer, il ne peut être que déconseillé aux collectivités d'engager la SPL sur cette voie. »