

# Les contrats passés par les SPL

- Pour répondre aux besoins des collectivités actionnaires, les SP peuvent conclure différents types de contrats. Il peut s'agir de concessions d'aménagement, de marchés publics, de délégations de service public... selon des modalités à préciser.
- En outre, les SPL peuvent être amenés à passer des contrats pour les besoins de leurs activités en respectant pour cela sur les dispositions de l'ordonnance de 2005, voire du code des marchés publics.

## Auteurs

Thomas Rouveyran et Nathalie Ricci, avocats à la Cour, SCP Seban & Associés

## Références

Circulaire du 29 avril 2011 (N°COT/B/11/08052/C) relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)

Avis de l'autorité de la concurrence n°11-A-18, 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales, réponse ministérielle n°18924 (JO Sénat, 8 décembre 2011, p. 3146)

## Mots clés

Concession d'aménagement • Marché public • Contrat de partenariat • Délégation de service public • Contrat de partenariat • BEA • In house •

Le développement de l'action contractuelle des collectivités territoriales n'est pas une nouveauté. Bien au contraire, le « contractualisme », selon les termes du professeur Laurent Richer<sup>(1)</sup>, contribue, depuis de nombreuses années, à renouveler le contenu et les modalités de la gestion publique locale. À cet égard, la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 qui a institué, dans le cadre des possibilités ouvertes par la jurisprudence communautaire en matière de prestations « in house », les sociétés publiques locales (SPL), et a consacré simultanément les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)<sup>(2)</sup>, a offert aux collectivités territoriales un nouveau mode de contractualisation, particulièrement attractif.

On rappellera que les SPL sont des sociétés anonymes, dont l'actionnariat est exclusivement public qui, en vertu de l'article L.1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), sont compétentes pour réaliser, pour le compte exclusif de leurs collectivités actionnaires et sur leur territoire :

« 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. »

En vertu de ces dispositions, les SPL bénéficient donc d'un champ d'intervention très étendu allant de la prise en charge d'opérations d'aménagement, à la gestion d'équipements sportifs et culturels, ou encore à l'exploitation d'un réseau d'assainissement ou de transport. D'un point de vue strictement contractuel, la création des SPL a permis aux collectivités territoriales et à leurs groupements de bénéficier d'un outil

(1) Le « contractualisme » désigne « un phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part, à voir des contrats dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volonté, d'autre part à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement » (L. Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., p. 44).

(2) Rappelons que Les SPLA avaient été créées, à titre expérimental, par la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

d'intervention hors du champ des obligations concurrentielles, les contrats conclus par les SPL avec leurs collectivités actionnaires étant soustraits à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence préalable. Les SPLA ayant pour objet, depuis la loi du 28 mai 2010, en vertu de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme de réaliser toute opération d'aménagement au sens dudit code, ainsi que 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. »

Eu égard au statut de ces sociétés ainsi qu'à la nature des activités qu'elles prennent en charge, il convient donc de s'intéresser au régime juridique des contrats qu'elles passent, pour répondre non seulement aux besoins de leurs collectivités actionnaires **(I)** mais également aux besoins de leurs propres activités **(II)**.

## I. Les contrats passés par les SPL pour répondre aux besoins de leurs collectivités actionnaires

L'intervention contractuelle des SPL demeure spécifique **(A)**, bien que conditionnée par la nature même de ces sociétés **(B)**.

### A) Une intervention contractuelle spécifique

Les SPL entrent, en principe, dans le champ d'application de la théorie des relations « in house », qui exclut des règles de publicité et de mise en concurrence préalable les contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et une structure distincte lorsque deux conditions cumulatives sont remplies. Pour cela, il convient, d'une part, que le pouvoir adjudicateur exerce sur la structure un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et, d'autre part, que cette structure réalise l'essentiel de ses activités pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent<sup>(3)</sup>.

En application de ces principes, les SPL peuvent donc se voir confier des concessions d'aménagement, des marchés publics (pouvant couvrir le cas d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée de type « loi MOP »), des délégations de service public, des concessions de travaux, ou encore des baux emphytéotiques administratifs (BEA) (notamment des baux dits « aller-retour » qui s'apparentent à des marchés publics au sens de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004), sans publicité ni mise en concurrence préalable. C'est en ce sens que l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme prévoit que :

« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 [qui impose le respect d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes] ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent. »

De même, l'article 3 du code des marchés publics prévoit que les dispositions du code ne sont pas applicables :

(3) CJCE 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98.

« Aux marchés et accords-cadres conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui. »

L'article L. 1411-12 du CGCT exonère également de l'application des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 du CGCT, les délégations de service public :

« Lorsque ce service est confié [...] à une société publique locale sur laquelle la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts [...] de la société. »

Enfin, l'article L. 1415-3 du CGCT relatif aux concessions de travaux publics exclut de son champ d'application les :

« Contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui. »

Une telle exemption n'est toutefois pas prévue par les dispositions du CGCT relatives aux contrats de partenariat. Sans devoir être nécessairement écartée, la possibilité pour des collectivités actionnaires d'une SPL de lui confier un contrat de partenariat sans publicité ni mise en concurrence préalable interroge. À cet égard, on relèvera qu'une partie de doctrine n'exclut pas qu'une SPL puisse être, dans certaines conditions, titulaire d'un contrat de partenariat pour répondre aux besoins de ses collectivités actionnaires<sup>(4)</sup>.

Plusieurs éléments pourraient néanmoins nuancer cette position : d'une part, l'article L. 1414-1 du CGCT exclut la possibilité pour la personne publique contractante d'un contrat de partenariat de prendre toute participation au capital social de la société de projet<sup>(5)</sup> ; d'autre part, en principe une SPL n'est pas autorisée à prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales. Par conséquent, tout partenariat avec des financiers notamment devrait être exclu.

Toutefois, bien que les travaux parlementaires relatifs à la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, modifiant sur la question qui nous occupe l'article L. 1414-1 du CGCT, ne soient pas très éclairants sur ce point, il semble que l'interdiction faite à la collectivité cocontractante de prendre une participation au capital de la société de projet n'ait pas eu pour objet de s'appliquer aux entités « in house », mais bien d'empêcher les collectivités territoriales de prendre des participations au capital social des sociétés de projet à capitaux privés. Ce point mériterait néanmoins d'être clarifié.

Au-delà, doit-on considérer que des contrats conclus par les SPL avec leurs collectivités actionnaires doivent répondre au régime de droit commun ? Notamment, il est utile de se demander si les modalités d'exécution financière des marchés

(4) Voir en ce sens J.-F. Bizet, *Entreprises publiques locales*, Lamy Axe Droit, 2<sup>e</sup> éd., n° 443.

(5) On rappellera qu'aux termes de l'article L. 1414-1 du CGCT : « Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. »

pourront être appliquées aux marchés « in house », ou encore si le régime de droit commun régissant les délégations de service public s'applique aux SPL. Sur cette question, le législateur ne s'est pas prononcé et la doctrine très peu, et un auteur n'exclut pas l'application notamment du droit commun des délégations de service public<sup>(6)</sup>.

Mais la question est en débat et la pratique reste à définir avec prudence. Dans tous les cas, la relation contractuelle doit être suffisamment formalisée dans tous ses aspects : juridiques, techniques ou encore financiers afin d'assurer la sécurité de la relation contractuelle et la régularité de la relation intégrée.

## B) Une intervention contractuelle conditionnée par la nature de la société

En contrepartie de leur statut dérogatoire d'entité « in house », une attention particulière doit être portée par les collectivités ou groupements de collectivités actionnaires de SPL ainsi que par les dirigeants de ces sociétés quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de la relation intégrée qui caractérise leurs contrats. À défaut de quoi, la dispense de publicité et de mise en concurrence pourrait être revue, et le contrat passé avec la SPL annulé rétroactivement.

À cet égard, il convient de rappeler que les collectivités territoriales doivent, dans le cadre du contrôle analogue conjoint qu'elles exercent sur la SPL, disposer « d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société »<sup>(7)</sup>, parmi lesquelles figurent nécessairement les décisions relatives à la passation des contrats de la société. En outre, chaque collectivité actionnaire d'une SPL doit pouvoir exercer un contrôle sur elle dans le cadre des contrats qu'elle lui confie. On relèvera par ailleurs que le Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, dans une circulaire du 25 janvier 2012<sup>(8)</sup>, a inclus dans la catégorie des « priorités nationales » au titre du contrôle de légalité des préfets de département « les contrats de prestations intégrés (« quasi régie » ou « in house ») et les contrats des collectivités avec les sociétés publiques locales (CGCT, art. L. 1531-1) ». En raison « de leur complexité ou de leur nouveauté », les contrats passés par les SPL avec leurs collectivités actionnaires font ainsi l'objet d'une vigilance particulière des préfets. Par ailleurs, eu égard à l'exigence de contrôle analogue, le législateur a renforcé dans certains cas le contrôle et l'information des assemblées locales sur les activités des SPL en cas de délégation d'un service public. Ainsi, l'article L. 1411-19 du CGCT précise que :

« Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document

(6) D. Linotte, « Les sociétés publiques locales comme outil de non mise en concurrence ? », RFDA, 2013, p.1133 : « Si l'attribution d'une mission à une SPL est regardée comme une délégation de service public – et beaucoup l'imaginent – elle sera certes dispensée des procédures d'appel à la concurrence de la loi Sapin, mais le reste du régime des DSP pourrait trouver à s'appliquer. »

(7) CJUE 10 septembre 2009, Sea SARL c/Cne Di Ponte Nossa, aff. C-573/07 – CJUE 29 novembre 2012, Econord SpA c/Comune di Cagnos, aff. C-182/11.

(8) Circulaire du 25 janvier 2012 (NOR : IOCB1202426C), relative à la définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité (BO intérieur, 30 août 2012, n°2012-01).

contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer la société publique locale délégataire. »

Enfin, certains textes conditionnent – et en cela confirment leur nature de pouvoir adjudicateur soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence préalablement à tout achat – la mise en œuvre de la théorie des relations « in house » à l'application, par la SPL, dans le cadre de la passation de ses propres contrats, de règles de publicité et de mise en concurrence préalable (voir *infra*). Il en est ainsi de l'article 3 du code des marchés publics, et de l'article L. 1415-3 du CGCT relatif aux concessions de travaux.

## II. Les contrats passés par les SPL pour les besoins de son activité

Les SPL sont également amenées à passer des contrats pour les besoins de leurs activités. À ce titre, les SPL concluent des contrats non seulement pour réaliser les opérations qui leur sont confiées par leurs collectivités actionnaires, en tant que maître d'ouvrage, avec des tiers (A), mais aussi pour répondre à leurs propres besoins, tant humains que matériels (B).

### A) Les contrats passés par les SPL, maître d'ouvrage, avec des tiers

En tant que pouvoir adjudicateur et pour les besoins des missions qui lui sont confiées par les collectivités et groupement qui en sont les actionnaires, les SPL entrent dans le champ d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, et ce au titre des deux dispositions suivantes : l'article 3, I 1°) relatif aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, majoritairement financés et contrôlés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics, ou l'article 3, I 4°) concernant les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun<sup>(9)</sup>. En principe, les SPL sont donc soumises, dans le cadre de la passation de leurs contrats avec des tiers, aux procédures de publicité et de mise en concurrence définies par l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, procédures parfois plus souples que celles prévues par le code des marchés publics. Les contrats des SPL peuvent néanmoins être passés selon les dispositions du code des marchés publics dans deux hypothèses. D'une part, les SPL ont toujours la faculté de se soumettre, volontairement, au code des marchés publics en lieu et place de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; l'article 3 II de cette ordonnance prévoyant que :

« Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. »

D'autre part, lorsqu'elles agissent dans le cadre d'un mandat, tel que celui prévu à l'article 3 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP), les SPL, qui agissent au nom et pour le compte d'une collectivité territoriale, sont soumises au code des marchés

(9) Réponse ministérielle n° 18924 (JO Sénat, 8 décembre 2011, p.3146), voir également B. Roman-Séquence, « Quelles sont les règles applicables en matière de marchés passés par les sociétés publiques locales (SPL) ? », Contrats marchés publ., n°2, février 2012, commentaire n°66.

publics. En pratique, la soumission volontaire au code des marchés publics a pour contrainte d'imposer à la SPL de se conformer, dans le cadre de l'exécution de ses contrats, au régime juridique des contrats administratifs plutôt que des contrats de droit privé; les marchés passés en application du code des marchés publics étant des contrats administratifs par détermination de la loi<sup>(10)</sup>.

## B) Les contrats passés par la SPL pour répondre à ses propres besoins tant matériels qu'humains

Contrairement aux sociétés d'économie mixte (SEM), les SPL ne peuvent pas agir pour leur propre compte: comme le rappelle la circulaire du 29 avril 2011, «elles ne peuvent pas satisfaire leurs propres objectifs puisque leur cadre d'intervention se limite aux missions qui leur sont confiées par leurs actionnaires»<sup>(11)</sup>. Les SPL demeurent néanmoins des sociétés de droit commun qui ont naturellement besoin, pour fonctionner, de moyens tant matériels qu'humains. À ce titre, les SPL peuvent donc être amenées à passer des contrats, avec des tiers, ou avec leurs collectivités actionnaires.

En tant que pouvoir adjudicateur, les SPL sont soumises aux procédures de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles réalisent des opérations propres destinées à répondre à leurs

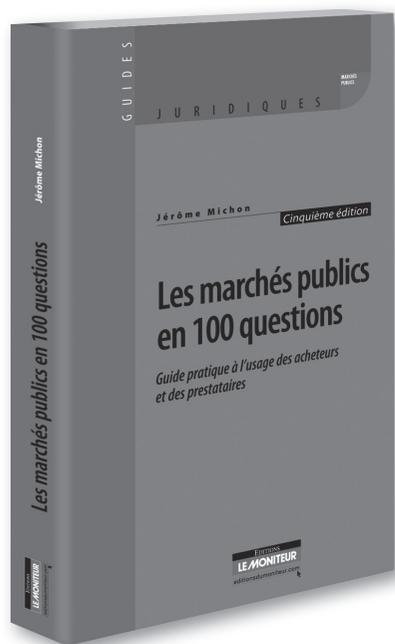
besoins, telle que la construction de leur siège social. Les SPL peuvent, par ailleurs, être amenées à conclure des contrats portant sur le recrutement de leur personnel. À cet égard, les SPL ont le plus souvent recours à des contrats de travail, selon les conditions du droit commun définies par les dispositions du code du travail. Mais, elles peuvent également faire appel aux fonctionnaires de leurs collectivités actionnaires dans le cadre de conventions de détachement, de mise à disposition ou encore de mise en disponibilité, dans le respect des régimes légaux et réglementaires y afférents. Au surplus, lorsqu'une SPL est créée parallèlement à une autre structure, telle qu'une SEM, il est possible d'envisager la mutualisation de services, au travers de la conclusion de conventions de prestations de services entre ces deux structures. Dans cette hypothèse, les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 semblent toutefois devoir s'appliquer.

## Conclusion

L'étude des contrats passés par les SPL ne doit donc pas être réduite à celle des contrats conclus par ces sociétés avec leurs collectivités actionnaires, sans publicité ni mise en concurrence préalable, en application de la théorie des relations «in house», mais, au-delà, aux contrats passés par les SPL pour les besoins de son activité. À cet égard, si les SPL usent du procédé contractuel pour répondre à leurs besoins tant matériels qu'humains, elles disposent également d'autres solutions de mutualisation telle que, notamment, la constitution d'un groupement d'intérêt économique (GIE). ■

(10) Article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite loi Murcef).

(11) Circulaire du 29 avril 2011 (NOR : COTB1108052C), relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).



## 100 réponses pratiques pour comprendre et maîtriser le Code des marchés publics

Les marchés publics sont réglementés par un régime changeant, dense et souvent complexe. Grâce à sa démarche pédagogique, cet ouvrage incontournable permet de comprendre et de maîtriser les dernières modifications du Code des marchés publics.

À jour des nouveaux seuils de publicité, des contrats de performance énergétique, des nouveaux MAPA, des marchés de défense et des nouveaux délais de paiement, ce guide pratique explicite la réglementation des marchés publics à partir de 100 questions concrètes balayant les 10 étapes clés du déroulement du marché : de la passation à l'exécution du marché, en passant par son contrôle et le règlement des différends. Les conseils et les signaux d'alerte de l'auteur permettent de passer et d'exécuter vos marchés en toute sécurité. Ce livre offre une approche simple et globale grâce à la prise en compte de l'ensemble des textes connexes au Code des marchés publics.

**Jérôme Michon** – Guides juridiques

5<sup>e</sup> édition 2012 – 598 pages – 49 € – Réf. commande : 112874

Commandez cet ouvrage sur [editionsdumoniteur.com](http://editionsdumoniteur.com)

EDITIONS  
**LE MONITEUR**  
[editionsdumoniteur.com](http://editionsdumoniteur.com)