

Modes de gestion

La Semop, un outil de coopération public-privé

La société d'économie mixte à opération unique (Semop) doit donner à la personne publique la maîtrise de son service, sur une opération bien définie, tout en y associant les avantages de la gestion déléguée, avec des garanties de respect des principes de la commande publique.

LES AUTEURS



THOMAS ROUYERAN,
avocat associé, cabinet
Seban et associés



ALIONA STRATULA,
avocate, cabinet
Seban et associés

La loi du 1^{er} juillet 2014 a consacré en France une forme de coopération public-privé institutionnelle en créant la société d'économie mixte à opération unique (Semop). Si la proposition initiale soumise le 16 octobre 2013 par le sénateur Daniel Raoul, avec d'autres sénateurs (1), a été amendée de façon importante, l'essentiel a été maintenu. Le nom a certes été changé au fur et à mesure des débats – les termes de «SEM à opération unique» ayant été préférés à ceux de «SEM contrat» –, mais l'objectif demeure celui de donner à la personne publique la maîtrise de son service, tout en y associant les avantages de la gestion déléguée.

Cette société permet désormais aux collectivités territoriales et à leurs groupements de lancer une seule procédure de publicité et de mise en concurrence pour choisir l'actionnaire «privé» (ou le groupement d'actionnaires) de la société, appelé «actionnaire opérateur économique», lequel s'associera avec elle au sein de la société attributaire de l'un des contrats de la commande publique visés par le texte. Est ainsi évité le recours à une double procédure avec, d'abord, la mise en concurrence de l'attribution du contrat et, ensuite, la sélection du prestataire de la société.

La Commission européenne, dans sa communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) de 2008, avait déjà admis l'hypothèse de l'attribution libre d'un contrat public à une structure au sein de laquelle le partenaire privé serait sélectionné au terme d'une mise en concurrence (2). Mais elle insistait alors sur l'importance d'un véritable partenariat avec l'opérateur privé. Et la Cour de justice de l'Union européenne admettait, peu de temps après, l'attribution directe d'un service public à une société à capital mixte au sein de laquelle l'associé privé était sélectionné sur appel d'offres, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion (3). Cela n'était toutefois pas précisément la position adoptée par le Conseil d'Etat qui, dans un avis du 1^{er} décembre 2009, s'était montré beaucoup plus réservé sur la possibilité d'introduire un «partenariat public-privé institutionnalisé» au stade de la passation du contrat (4). Pour lui, en effet, il ne pouvait y avoir à ce stade de «substitution» d'une personne morale distincte, la règle étant l'identité entre le candidat qui présente une offre et le titulaire

du contrat à l'issue de la compétition. Le Conseil d'Etat a alors insisté sur la nécessité d'un texte législatif spécifique pour l'application en France du dispositif «PPPI», la SEM traditionnelle n'étant pas selon la haute juridiction adaptée pour ce montage.

Tel est l'objet de la nouvelle loi: faciliter la mise en place d'une véritable coopération entre les collectivités territoriales et les opérateurs privés, en alliant gestions directe et déléguée, en contrepartie de certaines garanties permettant d'assurer le respect des grands principes de la commande publique.

Mise en place du partenariat

Si la Semop constitue une nouvelle forme d'entreprise publique locale, elle se distingue de celles existantes – société d'économie mixte locale (SEML), société publique locale (SPL) et société publique locale d'aménagement (SPLA) – sur un certain nombre de points.

Un objet large pour une opération bien définie

La Semop pourra exercer un objet plus large qu'une SEML, dans la mesure où elle sera chargée soit de la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit de la gestion d'un service public (qui n'est pas nécessairement à caractère industriel et commercial) pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit de toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales, à l'exclusion de toute «mission de souveraineté».

Toutefois, et c'est ici que réside l'une des principales originalités de ce nouvel outil, la Semop n'a vocation à exécuter que le seul et unique objet et contrat attribué par la personne publique. L'existence de la Semop est donc liée à la durée du contrat. Aussi, la société ne pourra pas bénéficier de l'attribution d'autres contrats et sera dissoute dès la réalisation de son objet ou au terme de l'exécution du

contrat attribué. On peut dès lors supposer que, conformément au régime des avenants pour les contrats de la commande publique, seuls des ajustements sur les éléments essentiels du contrat liés aux changements économiques seront possibles. La loi semble opérer à ce sujet une assimilation restrictive entre la «réalisation d'une opération» et la «conclusion d'un contrat». En effet, elle n'envisage pas la possibilité pour la Semop de conclure avec la collectivité actionnaire plusieurs contrats pour la réalisation d'une même opération. La collectivité devra donc mettre en place un unique appel public à la concurrence pour le choix de l'opérateur économique selon les règles de l'un des quatre contrats limitativement énumérés par le texte de loi: délégation de service public, concession de travaux, concession d'aménagement ou marché public (5).

La seule souplesse offerte par sur ce point est celle de la conclusion complémentaire d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de l'objet du contrat.

Un actionariat spécifique

Par certains aspects, la Semop se rattache aux SEML de droit commun (6). Il s'agit d'une société anonyme constituée par des capitaux publics et privés, régie, d'une part, par des dispositions relatives aux sociétés anonymes dans le code de commerce (7), d'autre part, par des dispositions propres au sein du code général des collectivités territoriales (8), en complément de celles relatives aux SEML (9), également applicables. Cependant, contrairement à une SEML de droit commun, qui nécessite la présence d'au moins sept actionnaires, la Semop peut être constituée – comme la SPL –, par deux actionnaires au moins. Et si le texte prévoit la possibilité qu'au sein de la Semop soient présents plusieurs actionnaires

À NOTER

Une originalité de la Semop réside dans le fait que la compétition est organisée en amont non pour l'attribution du contrat à une structure existante, mais pour le choix de l'actionnaire opérateur «privé» d'une structure à créer.

opérateurs économiques, il n'envisage pas la possibilité que plusieurs collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales participent au capital de la structure, excluant par là même toute mutualisation d'une commande publique.

La Semop devra donc être constituée par une seule collectivité territoriale ou un seul groupement de collectivités territoriales auprès d'un ou de plusieurs opérateurs. L'emploi par le texte de loi de la notion d'«opérateur économique» laisse néanmoins la porte ouverte à la participation de partenaires divers, allant des grands groupes privés jusqu'à des acteurs publics ou parapublics tels que des établissements publics de coopération intercommunale, des SEM, voire des SPL (10).

Concernant la composition du capital, une nouveauté majeure – qui rappelle au demeurant le régime préexistant à la loi de 1983 relative aux SEML (11) – est introduite: au lieu de prévoir que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales est nécessairement majoritaire, la loi prévoit que l'actionnaire public pourra détenir entre 34% et 85% du capital, aux côtés d'un ou de plusieurs actionnaires opérateurs économiques détenant,

par voie de conséquence, entre 65% et 15% du capital. La volonté du législateur a donc été de donner au secteur privé la possibilité de s'engager dans un véritable processus de partage des responsabilités et des risques.

Une gouvernance partenariale

En contrepartie de la faculté d'ouvrir la majorité du capital à un ou des actionnaires privés, la personne publique bénéficie de la minorité de blocage au sein des organes délibérants, soit d'au moins 34% des voix, tout comme de la présidence de la société, au travers de son représentant

À NOTER

La sélection de l'opérateur, qui est une étape essentielle à la bonne réalisation de la procédure, devra être bien préparée par la personne publique.

permanent désigné par délibération de l'assemblée délibérante.

Sur ce point, et au regard de l'ambiguïté de la rédaction du nouvel article L.1541-1 du code général des collectivités territoriales, on pourrait se demander si l'élu assumera ce mandat en son nom ou pour le compte de la collectivité. Il est, selon nous, prudent qu'il soit désigné par sa collectivité territoriale afin d'exercer la fonction de président au nom et pour le compte de celle-ci et bénéficiaire, en conséquence, de la protection fonctionnelle prévue à l'article L.1524-5 du CGCT, applicable à la Semop.

En revanche, l'attribution du poste de directeur général par le conseil d'administration n'est pas encadrée. Elle se fera donc juste après la création de la société et sera le résultat de la concertation entre les membres du conseil d'administration (12). La fonction de direction générale ayant un rôle central dans la gestion d'une société anonyme à conseil d'administration, elle pourra donc être attribuée tant à l'actionnaire public – dans le cas notamment où la collectivité actionnaire dispose d'un mandat de président-directeur général (13) – qu'à un actionnaire privé, ou même à une personne extérieure à la société (14).

Le texte prévoit enfin que les pouvoirs au sein du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) seront répartis de façon équitable entre les actionnaires publics et privés, dans la mesure où le nombre de sièges d'administrateurs est attribué en proportion du capital détenu.

Il reste que c'est la collectivité territoriale à l'initiative du projet qui va déterminer dans un «document de préfiguration» la part de capital qu'elle souhaite détenir, les règles de gouvernance ainsi que les modalités de contrôle dont elle veut disposer sur l'activité de la société. Elle reste donc maître du projet qu'elle souhaite mettre en place.

Respect des grands principes de la commande publique

La principale autre originalité de la Semop réside dans le fait que la compétition est organisée en amont non pour l'attribution du contrat proprement dit à une structure existante, mais pour le choix de l'actionnaire opérateur «privé» d'une structure à créer. La mise en concurrence portera en (•••)

RÉFÉRENCES

Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

(•••) réalité sur le choix de l'opérateur privé au sein d'une société qui sera attributaire du contrat et annoncée en tant que telle au sein du cahier des charges.

Une consultation dans le respect des procédures propres à chaque contrat

Cependant, choisir un actionnaire privé n'est pas la même chose que choisir l'attributaire du contrat. Pour cette raison, le législateur prévoit une procédure assez contraignante.

La collectivité territoriale initiatrice doit en effet permettre aux différents candidats de connaître précisément l'objet du contrat et, plus généralement, le contenu du projet, au sein du « document de préfiguration » que doit comporter l'appel public à la concurrence. Elle devra ainsi précisément connaître ses besoins en amont de la création de la structure (capital, gouvernance, modalités de rémunération, dévolution de l'actif et du passif, contenu du pacte d'actionnaires éventuel, etc.).

Doivent ainsi être annoncés dans ce document les principales caractéristiques de la future société ainsi que le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité. Et, même s'il est toujours délicat pour un pouvoir adjudicateur de bien apprécier l'étendue réelle de ses besoins et leur coût prévisionnel, une fois la Semop créée, la personne publique ne saurait en revanche lui confier de nouvelles missions ou étendre ses missions de manière substantielle sans la remettre en concurrence.

La sélection de l'actionnaire opérateur économique et l'attribution du contrat se feront alors au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence unique respectant les procédures applicables selon la nature du contrat.

De même, les critères de sélection de l'actionnaire privé seront établis en fonction de cette même nature de l'un des quatre contrats visés par la loi, étant précisé que cette sélection devra se faire sur la base d'exigences de garanties financières, techniques et opérationnelles telles que soient apportées des garanties quant à la pérennité de la société. Au final, la phase de sélection de l'opérateur apparaît comme une étape essentielle à la bonne réalisation de la procédure, et nécessitera d'être bien préparée par la personne publique.

Les suites de la consultation publique

La loi prévoit que, à l'issue de la mise en concurrence, tant les statuts que l'éventuel pacte d'actionnaires conclu au sein de la société doivent être arrêtés et publiés. Cela est inédit, dans la mesure où un tel pacte est généralement conclu entre les actionnaires d'une société au regard du bénéfice

qui y est attaché: absence de publication obligatoire et donc confidentialité possible des clauses sur l'accord des associés. Si le législateur a souhaité assurer une véritable transparence sur les relations entre les actionnaires publics et privés de la Semop, on peut objectivement se demander si ces actionnaires auront intérêt à conclure un tel pacte.

Sa conclusion présente toutefois l'intérêt d'anticiper des situations non réglées par la loi, en prévoyant notamment les conditions de sortie des actionnaires de la société et, donc, du contrat. On relèvera au demeurant que, si la loi prévoit les conséquences de la transformation de la collectivité territoriale actionnaire (au regard notamment des modifications apportées par la réforme territoriale), elle est muette quant aux éventuelles transformations que pourrait subir l'actionnaire privé (fusion, absorption, dissolution, etc.).

D'autres questions restent non tranchées par la loi: celle-ci est notamment muette sur l'issue d'une éventuelle difficulté rencontrée entre la personne publique et l'opérateur économique. Que se passera-t-il si la collectivité territoriale actionnaire n'est pas satisfaite des prestations accomplies par l'opérateur économique? Pourra-elle se séparer de celui-ci sans dissoudre la société, alors même qu'il pourrait en être l'actionnaire majoritaire? Il reviendra à la pratique de proposer des solutions visant à bien anticiper de telles situations.

Autant d'hypothèses qu'il appartiendra à la collectivité ou au groupement de collectivités d'instruire lors du lancement du projet, mais qui rendent potentiellement pertinent le recours à cette nouvelle société au regard de la particularité de chaque projet.

À RETENIR

➤ **Complexité.** Si la création d'une Semop présente une certaine complexité, elle peut permettre à la collectivité de déterminer, dès la phase d'élaboration de son projet, son propre niveau d'implication financière et structurelle, mais également le niveau d'implication qu'elle attend de son ou de ses futurs partenaires, en fonction des particularités du projet.

(1) Proposition de loi tendant à créer les sociétés d'économie mixte contrat, 16 octobre 2013, n°81.

(2) Communication interprétative de la Commission européenne concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés, 2008/C91/02, JO C91 du 12 avril 2008.

(3) CJUE, « Acoset SpA », C-196/08, 15 octobre 2009.

(4) CE, section de l'administration, avis, 1^{er} décembre 2009, n°383264.

(5) En ce qui concerne les contrats de concession d'aménagement ou de travaux, le code général des collectivités territoriales devrait être modifié à la suite de l'introduction des nouvelles directives européennes qui prévoient désormais le rattachement de tous les contrats soit au régime des marchés publics, soit au régime des concessions (directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE).

(6) CGCT, articles L.1521-1 et s.

(7) Code de commerce, livre II, articles L.251-1 et suivants.

(8) CGCT, nouveaux articles L.1541-1 à L.1541-3.

(9) CGCT, articles L.1521-1 et suivants, partie I, livre V, titre II.

(10) La circulaire N°COT/B/11/08052/C sur le régime des SPL et SPLA du 29 avril 2011 déconseille cependant aux collectivités d'engager la SPL à laquelle elles appartiennent dans la prise de participation d'une autre société commerciale.

(11) Loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

(12) Nous n'évoquerons pas le cas a priori plus rare d'une Semop avec un conseil de surveillance et un directoire, que la loi vise également.

(13) L' élu représentant de la collectivité n'étant pas couvert par la protection fonctionnelle lorsqu'il assume le seul titre de directeur général (CGCT, art. L.1524-5).

(14) La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général (code de commerce, articles L.225-51-1).