



Charlotte Rouxel

Avocat à la cour – Cabinet Matharan-Pintat-Raymundie

Un point sur la nouvelle Société publique locale



L'heure n'est pas au bilan après six mois d'existence de la Société publique locale (SPL), introduite dans l'ordre juridique national par les seuls quatre articles de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010. Il est en revanche possible de présenter les caractéristiques de cette nouvelle catégorie d'entreprise publique locale, ainsi que ses avantages et inconvénients comparés à ceux des autres modes de gestion existants des services publics locaux.

LES CARACTÉRISTIQUES D'UNE NOUVELLE CATÉGORIE D'ENTREPRISE PUBLIQUE LOCALE

Un capital 100 % public

Pour exercer en interne les compétences qui leur sont dévolues et gérer les services publics qui en découlent, les collectivités ou leurs groupements peuvent recourir à une SPL.

Pour ce faire, ils doivent détenir ensemble 100 % du capital, capital auquel l'État et les établissements publics ne peuvent participer (alinéa 1 du nouvel article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales).

Si un minimum de deux collectivités ou groupements de collectivités est requis pour constituer une SPL, aucun maximum d'actionnaires – publics par définition contrairement à une société d'économie mixte locale (SEML) ouverte aux actionnaires privés – n'est fixé (alinéa 4 du nouvel article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales).

Chaque actionnaire d'une SPL doit participer à son capital à un niveau correspondant à ses be-

soins propres. Ces contributions, inscrites dans les statuts de la SPL, peuvent être purement financières ou consister en l'apport de moyens.

La constitution d'une SPL a pour but qu'il soit répondu en interne à un ou plusieurs besoins des citoyens-usagers concernés.

Un champ d'intervention matériellement large, mais organiquement limité

Une SPL peut intervenir dans l'entier champ de compétences de ses membres, c'est-à-dire – eu égard à la nature de ceux-ci – dans presque tous les secteurs de la vie publique locale : opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, opérations de construction, exploitation des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général.

Cependant, cette intervention doit se faire dans le but exclusif de satisfaire les besoins propres de ces membres et sur leurs seuls territoires (alinéas 2 et 3 du nouvel article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales), ce qui rend le champ d'action d'une SPL plus circonscrit que celui d'une SEML.

C'est la satisfaction de cet objectif qui permet à la SPL de pouvoir agir sans qu'il ne soit recouru à une quelconque procédure de publicité et de mise en concurrence.

Un bénéfice du « in house » soumis à conditions

La SPL bénéficie de l'attribution directe par ses actionnaires de contrats publics, ce qui n'est pas le cas pour une SEML.

La condition posée à l'application de cette théorie du « in house » ré-

side dans le fait que la SPL doit maintenir tout à la fois une absence totale d'autonomie vis-à-vis de ses actionnaires et une intervention exclusivement pour satisfaire leurs besoins propres.

Si cette qualité de prestataire intégré venait à ne pas perdurer tout au long de la vie de la SPL, elle serait alors considérée comme agissant en violation des règles de la commande publique, les contrats dont elle est titulaire seraient considérés comme entachés d'irrégularités et elle s'exposerait à des sanctions pénales.

Il est à noter que, s'agissant de ses propres marchés, une SPL doit respecter les termes 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.

Cette société est en outre régie par des règles d'origine variées.

Une soumission à un régime hybride

La SPL est constituée sous la forme d'une société anonyme, soumise au Code de commerce pour l'essentiel.

Pour ce que ce code ne régit pas, la SPL est soumise au Code général des collectivités territoriales (alinéas 4 et 5 du nouvel article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales), et plus précisément aux règles applicables aux sociétés d'économie mixte (SEM).

Tous les membres du conseil d'administration ou de surveillance sont des élus locaux, représentants des collectivités actionnaires.

La comptabilité et les salariés relèvent du droit privé, même si des mises à disposition et détachements d'agents publics auprès

de la SPL peuvent survenir. Ainsi et notamment, une SPL se voit appliquer l'impôt sur les sociétés mais également le régime de la TVA.

Si ce régime original permet à la SPL de bénéficier de certains avantages de la gestion privée, notamment s'agissant des mécanismes décisionnels, elle est soumise à de nombreux contrôles.

Des contrôles internes et externes importants

La SPL est en tout premier lieu contrôlée par ses actionnaires.

Ainsi, leurs assemblées délibérantes doivent se prononcer sur toute création de SPL et sur toute délégation de service public à une SPL, dont l'objet social doit correspondre – ne serait-ce que pour part – à l'activité déléguée.

Ces mêmes actionnaires ont un accès permanent aux documents de la SPL et chacun de leurs représentants au sein de cette société doit soumettre un rapport à sa propre assemblée délibérante sur l'activité de la SPL ainsi que pour toutes éventuelles modifications de ses statuts, rapport qui doit faire l'objet d'un vote.

En second lieu, la SPL est contrôlée par des commissaires aux comptes, par les préfets et les chambres régionales des comptes compétents, mais également par les usagers, par ses co-contractants, par le tribunal de commerce ou encore par les organismes de contrôle de droit commun des entreprises.

La SPL exerce ainsi ses activités dans un cadre strict sur le plan fonctionnel et il en va de même sur le plan financier.

Un financement encadré

Il importe de souligner, qu'en cas de difficultés financières nées pour une collectivité de sa participation au capital d'une SPL, elle ne peut prétendre au versement de subventions exceptionnelles de la part de l'État (application combinée de l'article L. 2335-2 du Code général des collectivités territoriales et du dernier alinéa du nouvel article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales).

Quant aux concours financiers des actionnaires d'une SPL, ils ne sont susceptibles de s'opérer que par le biais d'avances de trésorerie remboursables exercées dans les conditions des articles L. 1522-4 et L. 1522-5 du Code général des collectivités locales ou dans le strict respect des règles ré-

gissant les aides des collectivités locales aux entreprises.

De surcroît, des organismes tels la Caisse des dépôts et consignations ne sont pas admis comme actionnaires d'une SPL et celle-ci n'est pas mise en mesure de créer des filiales ou prendre des participations dans une autre société, étant donné qu'elle ne doit répondre qu'aux besoins de ses actionnaires, ce qui n'est pas le cas pour une SEML.

Deux moyens privilégiés existent donc pour répondre aux besoins en financement qui doit être purement public d'une SPL au cours de sa vie : le recours aux emprunts qui peuvent être garantis par les collectivités locales dans les conditions de droit commun prévues par le Code général des collectivités territoriales et l'augmentation de capital *via* l'augmentation des participations de ses actionnaires ou la venue d'un nouvel actionnaire.

Il est à noter qu'une telle entrée doit se justifier au regard de l'intérêt du service public en cause (pertinence fonctionnelle et territoriale) et non au regard du seul intérêt financier (Conseil d'État, 11 juin 1926, Raynaud, Recueil 1927, page 43).

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS D'UN NOUVEAU MODE DE GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Des avantages et des inconvénients connus

La SPL, forme la plus aboutie de l'*intuitu personae* au sein des modes de gestion disponibles de services publics locaux, favorise la reprise en régie de ceux-ci, tout en constituant un vecteur de leur mutualisation et en permettant de bénéficier des avantages présentés par une gestion privée.

Pour autant, la SPL – exonérée de toute mise en concurrence pour exercer les activités d'intérêt général et les services publics qui lui sont confiés et susceptible d'être préférée aux SEML dans certains secteurs – n'est pas sans présenter des coûts de constitution et de dissolution, le cas échéant, importants, des contraintes en termes de ressources en ce qu'elle ne peut accéder à des financements privés, mais également d'éventuelles lenteurs de gestion tant les contrôles auxquels elle est soumise sont nombreux.

La nouvelle SPL face au régime concessif classique

C'est principalement face au régime concessif, mode traditionnel de gestion des services publics locaux, que la comparaison avec une SPL doit s'opérer.

Le régime concessif et la SPL présentent des caractéristiques communes et notamment : un *intuitu personae* fort avec les personnes publiques en cause (étant précisé qu'il est plus étroit avec la SPL), une attribution du contrat ou une création par voie de délibérations, une soumission à une comptabilité privée et un personnel régi par le droit privé.

En revanche, des différences significatives existent entre ces deux structures.

Alors que le délégataire est attributaire du contrat aux termes d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, la SPL est directement titulaire du contrat public par la seule mise en œuvre de son objet et la survenance d'une délibération. En revanche, quand le délégataire peut recourir à des sous-traitants en application du droit des contrats privés, la SPL est soumise aux règles de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 précitée si elle entend externaliser pour part ou intégralement la satisfaction de l'objet qui lui a été confié.

Là où l'entreprise délégataire peut avoir d'autres activités *via* d'autres contrats sur d'autres territoires mais également avoir des filiales ou prendre des participations et générer ainsi des économies d'échelles, la SPL est soumise à un principe de spécialité fort – que seule l'évolution de son objet par voie de délibération peut compenser – qui circonscrit son action, l'origine de ses ressources et donc son développement commercial.

Si le lien peut être parfois distendu entre les attentes des élus – voix des usagers – et l'action du délégataire, la maîtrise constante du service public est garantie dans le cadre d'une SPL.

Enfin, l'externalisation des risques et de la responsabilité est permise en cas de recours au régime concessif, alors qu'elle ne l'est pas s'il est opté pour une SPL, excepté si la mise en concurrence s'exerce à un niveau inférieur, c'est-à-dire quand la SPL passe des contrats pour exercer les activités qui lui sont confiées.

Au-delà de cette présentation synthétique de ces avantages et inconvénients comparés de la délégation de service public classique et de la nouvelle SPL, c'est en réalité l'objectif poursuivi en termes d'externalisation des risques et de la responsabilité, d'une part, et les contraintes financières locales, d'autre part, qui détermineront le choix à opérer pour les collectivités locales et leurs groupements.

Aux deux conseils donnés par Catherine Bergeal, en sa qualité de directrice des affaires juridiques de Bercy, aux collectivités qui souhaiteraient recourir à une SPL – à savoir : « *Premièrement, utiliser cet intéressant outil; deuxièmement, respecter, à la lettre, son mode d'emploi* » (Propos de Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques de Bercy, recueillis par Marie-Christine de Montecler et Jean-Marc Pastor et publiés dans *L'Actualité juridique droit ad-*

ministratif 2010, page 1228), deux mises en garde peuvent être opposées susceptibles d'inciter certaines de ces collectivités à privilégier des modes de contractualisation plus classiques et notamment le régime concessif : prendre conscience de la ré-internalisation des risques et de la responsabilité induite par la SPL, s'assurer de connaître les ressources financières locales susceptibles d'être octroyées à ladite SPL. ■

Pierre-Frédéric Peuty-Miquet
Juriste

Subventions des collectivités territoriales : pour pouvoir reprendre, il faut bien donner

Par une décision *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* du 5 juillet 2010, le Conseil d'État a précisé le cadre juridique dans lequel les autorités administratives peuvent procéder au retrait des subventions qu'elles ont accordées. Les enseignements à tirer de cette décision ne sont pas négligeables, notamment en ce qui concerne les collectivités territoriales dont l'action consiste en particulier à aider les acteurs locaux : pour pouvoir éventuellement retirer l'aide, il convient en effet de bien expliciter, lors de sa délivrance, les conditions entourant son versement.

Dans le cadre de l'exercice de sa mission de soutien à l'activité économique, la CCI de l'Indre a promu, en 1995, une opération de promotion et de communication vantant les mérites de son territoire en vue de faciliter l'implantation locale d'entreprises. Plus d'une vingtaine de collectivités du département ont souhaité participer au financement de

cette opération, pour la réalisation de laquelle la CCI a fait appel aux services d'une société privée.

Mais quelque temps après la réalisation de cette opération, un rapport d'audit a fait apparaître que la CCI n'avait pas respecté les règles de passation des marchés – elle avait choisi l'entreprise avant même de lancer l'appel d'offres, et l'avis d'appel d'offres n'avait pas été publié au *Journal officiel des Communautés européennes* malgré le dépassement des seuils.

Informées par le préfet de ces irrégularités, certaines collectivités ont alors souhaité récupérer les sommes qu'elles avaient versées. La CCI a porté l'affaire devant le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel, en vain. Son entêtement contentieux a toutefois fini par payer, puisque par sa décision du 5 juillet 2010, le Conseil d'État lui a donné finalement gain de cause, en apportant par la même occasion d'intéressantes précisions quant aux conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent accorder et, le cas échéant, retirer des subventions.

Jusqu'à la décision du Conseil d'État, le cadre juridique applicable au retrait de subventions accordées semblait coupé en deux, ou du moins, c'était ainsi qu'il était souvent présenté¹ : d'un côté, les subventions accordées en vertu d'une décision unilatérale, de l'autre, celles donnant lieu à la conclusion d'une convention entre la collectivité et le bénéficiaire de l'aide en question. Cette dernière catégorie était de plus en plus large, en raison d'une tendance généralisée à l'accroissement du recours au contrat comme mode d'action administrative², mais aussi, plus particulièrement, depuis que la loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration du 12 avril 2000 a posé le principe selon lequel « *l'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défi-*

1. Cf. notamment S. Nicinski, *Droit public des affaires*, pts 464 et suivants, Éd. Montchrétien, 2^e édition (2010).

2. Voir à ce sujet les considérations générales du rapport public au Conseil d'État pour 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*.