

**Faire-part de naissance des sociétés publiques locales,
note sous la loi n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le
développement des sociétés publiques locales : JO 29
mai 2010, p. 9697**

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Faire-part de naissance des sociétés publiques locales, note sous la loi n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : JO 29 mai 2010, p. 9697. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2010, pp.30. hal-01877802

HAL Id: hal-01877802

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01877802>

Submitted on 20 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Faire-part de naissance des sociétés publiques locales, note sous la loi n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : JO 29 mai 2010, p. 9697 », *Contrats Concurrence et Consommation*, juill. 2010, p. 30, comm. n° 187.

Catherine Prebissy-Schnall

Dans le respect du droit communautaire, les collectivités locales peuvent désormais faire réaliser des opérations de construction ou confier l'exploitation de services publics à une société de droit privé sans avoir à la mettre en concurrence.

[L. n° 2010-559, 28 mai 2010](#) pour le développement des sociétés publiques locales : [JO 29 mai 2010, p. 9697](#)

Nous avons la joie de vous annoncer la naissance d'un nouvel instrument juridique permettant de renforcer la capacité d'action des collectivités locales : la société publique locale, le 28 mai 2010 après l'adoption définitive du Sénat de la proposition de loi pour le développement des sociétés publiques locales.

Voilà une réponse pertinente adressée aux collectivités souhaitant maîtriser leurs problématiques urbaines et/ou de politiques publiques sans être accusées de porter atteinte à la réglementation de la commande publique ni entraver le jeu de la libre concurrence. Nées pour répondre aux critères du « *in house* », les sociétés publiques locales vont, en effet, grandir auprès de leur collectivité nourricière dans une relation de quasi-régie et être missionnées par les actionnaires publics sans mise en concurrence préalable pour toute opération d'intérêt général (I). Il s'agit bien là d'un outil très souple qui s'adapte de la façon la plus juste et très en amont aux projets des collectivités (II).

1. Une relation de quasi-régie

La jurisprudence communautaire a donné une interprétation très étroite de la notion de « *in house* » en excluant clairement les sociétés d'économie mixte de toute revendication d'une position de quasi-régie ([CJCE, 11 janv. 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03](#). – [CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen GmbH](#). – [CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, ASEMFO](#). – [CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07](#)).

Puisque seules les sociétés contrôlées à 100% par le public pouvaient être exonérées de mise en concurrence, le législateur français a décidé de profiter de cette brèche en créant les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) introduites par la [loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006](#) portant engagement national pour le logement. S'inspirant de l'expérience des autres États de l'Union européenne (comme par exemple les Stadtwerke en Allemagne), la création de ces sociétés permet d'appliquer pleinement le principe de libre administration des collectivités territoriales puisque les collectivités peuvent disposer à leur gré d'une société commerciale, régie par le Code du commerce, qui leur offrira des avantages indéniables en termes d'efficacité, de réactivité et de sécurité : les collectivités sont ainsi incitées à prendre directement en main l'aménagement de leurs territoires à travers des structures qu'elles contrôlent.

Si la création de ce nouvel outil se situe bien dans la seule exception à la mise en concurrence autorisée par le droit communautaire, la SPLA (tout comme la SPL) peut néanmoins se retrouver soumise à une obligation de mise en concurrence si elle décide de s'arracher de sa collectivité génitrice et de passer ses propres marchés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices non soumis au Code des marchés publics.

Malgré l'attractivité de cet outil et après une phase d'expérimentation de 4 années, les sociétés publiques locales d'aménagement effectivement créées et en état de marche ne sont qu'une vingtaine (exemples : l'Agence régionale d'équipement et d'aménagement (Area) chargée de la construction et de la rénovation des lycées de Provence-Alpes-Côte-d'Azur ; Lyon Confluence ; Nantes métropole aménagement ; Société d'Aménagement de la Métropole Ouest Atlantique (SAMOA)). Leur existence résulte de la transformation d'une société d'économie mixte en SPLA ce qui signifie que très peu de SPLA ont été créées *ex nihilo*. Si ce début est timide (en raison notamment du coût de la procédure de transformation de la SEM en SPLA et de la phase d'expérimentation), il est certain que les projets de montage de ces sociétés vont se multiplier à l'avenir. En effet, le législateur de 2010, en créant les sociétés publiques locales, n'a pas seulement pérennisé le statut des SPLA en mettant fin à leur phase d'expérimentation. Il a également élargi le champ d'intervention des SPL dont le périmètre dépasse très largement celui de la SPLA. En effet, la société publique locale n'aura pas pour seul objet social l'aménagement au sens du Code de l'urbanisme. Ces sociétés seront compétentes pour réaliser non seulement des opérations d'aménagement mais également des opérations de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Concrètement, les SPL pourront réaliser des opérations de construction (construction de parkings, équipements sportifs, logements sociaux, bâtiments publics...), exploiter le service de l'eau et de l'assainissement, du stationnement, des déchets, des transports, des remontées mécaniques. Il s'agit ici des mêmes domaines d'intervention que ceux de nombreuses sociétés d'économie mixte qui travaillent exclusivement pour une collectivité et dont le capital social n'est composé que de partenaires privés « symboliques ». Il s'agit, par exemple d'Area Paca qui était une société mixte aujourd'hui transformée en SPLA. Cette société d'économie mixte dite « mandataire » a été créée pour répondre à un besoin très précis qui est la réhabilitation des lycées pour le compte exclusif du Conseil régional. Compte tenu de l'obligation de mise en concurrence des mandats, la Région a décidé de transformer sa société en SPLA afin de gérer avec souplesse ces opérations de rénovation.

Cet exemple montre combien la rédaction des statuts de la SPL sera un point fondamental qui permettra au juge, en cas de contentieux, d'évaluer, au cas par cas, dans quelle mesure le contrôle analogue nécessaire à la situation de quasi-régie a été organisé par les statuts.

2. Un mode de gouvernance d'une grande souplesse face aux aléas économiques

À l'instar des sociétés publiques locales d'aménagement, les sociétés publiques locales (SPL) seront des sociétés anonymes dont le capital sera entièrement détenu par des collectivités territoriales ou leurs groupements. Et, comme les SPLA, elles devront être composées d'au moins deux actionnaires publics qui exerceront sur elles un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, la structure devant également réaliser pour ses actionnaires l'essentiel de ces activités et uniquement sur leurs territoires. Quelques restrictions sont toutefois à signaler comme l'interdiction de faire figurer les établissements

publics parmi les actionnaires, l'interdiction de créer des filiales ou encore l'interdiction de prendre des participations dans des filiales exerçant des activités complémentaires ou connexes (comme les énergies renouvelables par exemple). Ces verrous législatifs expliquent pourquoi il est parfois envisagé de conserver, entre la société d'économie mixte et la SPL, la création de structures de mutualisation des services transversaux comme le groupement d'intérêt économique.

Le statut juridique de la SPL constitue déjà un avantage indéniable puisque la forme d'une société anonyme apporte, par comparaison avec la lourdeur de création et de fonctionnement d'un établissement public, la souplesse du droit privé. De plus, la logique d'entreprise donne à la SPL la réactivité indispensable que demandent les collectivités (rapidités des circuits de décision). L'autre avantage de la SPL est évidemment de ne plus subir les coûts de la concurrence. Quel autre montage permet de s'évader et de choisir librement un opérateur sans qu'un concurrent évincé soit en mesure d'invoquer le conflit d'intérêt (« vous avez choisi cette entreprise parce que c'est la vôtre... ») ? Voilà un outil avec un domaine d'intervention calqué sur celui des sociétés d'économie mixte qui échappe au châtement du Code des marchés publics et donc au délit de favoritisme. La SPL pourra en effet intervenir très en amont, être associée à l'étude du projet et se voir confier la réalisation de celui-ci tout en s'affranchissant du problème d'une éventuelle distorsion de concurrence du fait que celui qui a fait les études prépare en partie la consultation à laquelle il est appelé à concourir.

L'autre intérêt majeur de la SPL est la libre passation des avenants permettant l'adaptation sans contrainte du contenu de l'opération aux évolutions de la conjoncture. Alors que si le projet est confié à une société d'économie mixte, le recours à l'avenant n'est possible que sous des conditions de légalité restrictives (ex. : en cas de bouleversement de l'économie du contrat, nécessité d'ouvrir à nouveau la commande publique à travers une procédure de publicité et de mise en concurrence longue et couteuse).

Aussi, le succès du déploiement des SPL est garanti, notamment dans le contexte actuel de retour en régie des services publics de l'eau et des transports : pas d'application des règles sclérosantes de la commande publique ; utilisation d'un outil fiable car conforme au droit communautaire ; outil de gestion des services publics des collectivités par un opérateur interne sous la forme d'une société anonyme ; renforcement de la coopération institutionnelle des collectivités ; amélioration de la qualité des services publics etc.

En définitive, si la volonté de se soustraire à la mise en concurrence n'est pas l'unique facteur pour créer ce type de société, elle en constitue toutefois l'intérêt principal. La société publique locale s'adapte de la façon la plus juste et très en amont aux projets des collectivités et permet une souplesse incomparable lorsque le projet est amené à être modifié en cours de contrat.

On ne peut que remercier les cigognes d'avoir fait franchir un nouveau pas aux collectivités en déposant dans leur berceau un outil permettant de se soustraire à la mise en concurrence.

Mots clés : Société publique locale. - Concurrence. - Mise en concurrence. - Exception