



HAL
open science

Novembre 2018

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Novembre 2018 : mensis horribilis pour les sociétés à capital public locales. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2018, 50, pp.act. 916. hal-01953924

HAL Id: hal-01953924

<https://hal.science/hal-01953924>

Submitted on 13 Dec 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.

Novembre 2018 : *mensis horribilis* pour les sociétés publiques locales

Version de travail, publication au JCP A, 2018, n° 50

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble,

À quelques jours d'intervalle, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont apporté des précisions sur les conditions de l'actionnariat des collectivités territoriales et de leurs groupements au capital des SEML et des SPL. Ces nouvelles précisions sèment le trouble, un an après que la Cour des comptes et l'IGA ont appelé à davantage de surveillance de ces sociétés (voir JCPA, 2017, AR 419 et AR 827). Une réforme législative du secteur public local est de plus en plus attendue.

Le mois de novembre 2018 sera peut-être, et rétrospectivement, qualifié de tournant dans l'histoire des sociétés à capital public locales. Il avait pourtant commencé de façon positive par la présentation, par la Fédération des entreprises publiques locales, de statistiques annuelles très encourageantes : au premier juin 2018, le cap symbolique des 1300 entreprises a été dépassé, marquant une progression de près de 4 % du nombre de sociétés sur un an¹. Mais le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont, à quelques jours d'intervalle, rendus trois décisions réduisant fortement l'attractivité de ces entreprises pour les collectivités territoriales et leurs groupements.

C'est d'abord le Conseil d'État qui, dans une décision très attendue du 14 novembre 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles*, précise les conditions pour qu'une collectivité territoriale ou son groupement puisse être actionnaire d'une SPL². Sur ce point, l'article L. 1531-1 du CGCT est assez laconique, se contentant de rappeler que les actionnaires publics ne peuvent créer de telles sociétés que « dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi ». S'en est suivi une itinérance jurisprudentielle des juges du fond, certains considérant que le code impose une adéquation parfaite entre compétence et objet social de l'entreprise (nécessité de compétences « partagées »³), d'autres ayant une vision plus souple, autorisant l'actionnariat dès lors que la personne publique détient au moins l'une des compétences objet social de l'entreprise (possibilité de compétences « distinctes mais complémentaires »⁴). Les enjeux pratiques de cette question sont très importants, puisque c'est la possibilité de créer des entreprises entre différents niveaux de collectivités ou groupements qui est posée, en particulier dans le contexte de la suppression de la clause générale de compétence des départements et régions. L'arrêt du Conseil d'État du 14 novembre 2018 met fin au dilemme, et reprend les positions les plus restrictives : la constitution d'une SPL (et par extension d'une SEML) « est exclue lorsque cette collectivité

¹ Fédération des entreprises publiques locales, *EpIScope 2018. Le baromètre des Entreprises publiques locales*, disponible sur le site de la FedEPL, www.lesepl.fr.

² CE, 14 novembre 2018, n° 405628, *SMADC et SEMERAP*, à paraître aux Tables.

³ CAA Nantes, 19 septembre 2014, n° 13NT01683, *Synd. Intercommunal de la Baie*.

⁴ CAA Lyon, 4 octobre 2016, 14LY02753, *Préfet du Puy-de-Dôme*.

territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société»⁵. Une société à capital public locale ne peut plus avoir un objet social reflétant une pluralité de compétences, même complémentaires. Le Conseil ne reconnaît qu'une exception à cette interdiction, en étendant aux SPL le mécanisme de l'article L. 1521-1 alinéa 2 du CGCT qui autorise le maintien d'un actionnariat communal lorsqu'un transfert de compétences vers un EPCI intervient postérieurement à la création de la SEML (et à la condition que la commune cède plus des deux tiers de ses parts). La jurisprudence place de très nombreuses sociétés dans une très grande précarité juridique, en particulier lorsqu'elles sont le support d'un partenariat public-public entre, par exemple, des communes et leur(s) EPCI.

Ensuite, le Conseil constitutionnel a censuré le 15 novembre 2018 certaines dispositions du projet de loi ELAN, lors de son contrôle *a priori* du texte⁶. L'article 102 du projet de loi créait un mécanisme visant à sécuriser l'actionnariat départemental dans certaines SEML ayant plusieurs objets sociaux complémentaires. Il visait, par dérogation à l'obligation de cession des participations départementales issue de l'article 133 VII de la loi NOTRe et jusqu'au 30 juin 2020, à permettre au « *département actionnaire d'une SEML compétente en matière d'immobilier d'entreprise existant à la date de publication de la loi (...) et dont une part de l'activité porte sur le tourisme, (de) continuer à participer au capital de cette société* ». Apparentées à un cavalier législatif, ces dispositions sont censurées – sans préjuger de leur éventuelle constitutionnalité⁷. Au-delà de la particularité de l'hypothèse que le législateur souhaitait encadrer, ce mécanisme de validation législative peut s'apparenter à une tentative de résolution, par anticipation, de certaines des incertitudes engendrées par l'arrêt du 14 novembre 2018 du Conseil d'État. Dans sa rédaction initiale, l'amendement prévoyait même que « *le département déjà actionnaire d'une SEML exerçant plusieurs activités et dont l'objet social porte au moins sur une des compétences que la loi lui attribue (de) continuer à participer au capital* »⁸. Il ne serait pas étonnant que ce mécanisme soit prochainement repris dans une loi, éventuellement *ad hoc*, et étendu, d'une part à toutes les collectivités territoriales et leurs groupements et, d'autre part, à toutes les sociétés à capital public locales, y compris celles créées après un transfert de compétence.

Enfin le Conseil d'État a, dans une décision *Département du Puy-de-Dôme* du 21 novembre 2018, encore fragilisé la création des SPL, en ouvrant très largement le prétoire aux entreprises souhaitant contester la légalité de leur création, et non simplement la procédure de passation d'un contrat⁹. L'intérêt à agir est ici très indirect : une entreprise redoute que la création d'une SPL ne s'accompagne de l'attribution *in house* du contrat de concession du service public de l'eau. Le Conseil aurait pu considérer que cette entreprise, seulement *potentiellement concurrente*, n'a pas d'intérêt à agir en dehors des hypothèses particulières du recours contractuel, distinguant clairement les recours contre la constitution de la société de ceux relatifs à l'attribution d'un contrat¹⁰. Si la SPL obtient un contrat *in*

⁵ CE, 14 novembre 2018, *préc.*, consid. 4.

⁶ CC, 15 novembre 2018, 2018-772 DC, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*.

⁷ CC, 15 novembre 2018, *préc.*, consid. 61.

⁸ Article 102 du projet de loi ELAN, dans sa rédaction issue de l'amendement 375 rect. bis, adopté par le Sénat le 16 juillet 2018.

⁹ CE, 21 novembre 2018, n° 405702, *Département du Puy-de-Dôme*, Inédit.

¹⁰ C'est l'analyse qui avait été retenue en appel (CAA Lyon, 4 octobre 2016, 15LY01099, *SA Lyonnaise des eaux*).

housse, le concurrent peut saisir le juge des contrats de la question de la validité de la procédure d'attribution. Celui-ci vérifie alors que les conditions du contrôle analogue de la personne publique sur la structure sont remplies. Le Conseil d'État suit un autre raisonnement. Il s'appuie sur une lecture téléologique de la SPL, déduisant des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 2010 créant les SPL « *que l'institution de cette nouvelle catégorie de sociétés vise, en particulier, à permettre aux collectivités territoriales et aux groupements de ces collectivités de confier certaines opérations ou certaines activités à des sociétés commerciales en se dispensant de mise en concurrence préalable* ». Ainsi, la transformation de la SEML en SPL « *permettra à ses actionnaires de lui confier, sans mise en concurrence préalable, des missions dans les domaines, notamment, des réseaux d'eau potable et de l'assainissement* ». Par conséquent, « *la délibération litigieuse porte une atteinte suffisamment directe et certaine aux intérêts de la société (...) qui intervient dans ces domaines d'activité* »¹¹. Désormais, des concurrents seulement potentiels d'une SPL pourront en contester jusqu'à la délibération qui en autorise la création. Cette appréciation très extensive de la notion d'intérêt à agir tranche avec l'approche littérale du lien entre objet social et compétence retenue par la jurisprudence *SMADC* et fragilise d'autant la création de nouvelles SPL.

Nous avons eu l'occasion de conclure une précédente tribune en appelant de nos vœux à une réforme législative d'envergure du droit applicable aux sociétés à capital public locales¹². Au vu des évolutions apportées par le mois de novembre 2018, celle-ci se fait de plus en plus nécessaire et pressante.

¹¹ CE, 21 novembre 2018, *préc.*, consid. 2.

¹² S. Brameret, « Faut-il une réforme des entreprises publiques locales ? », *JCPA*, 2017, n° 40, 419.